36700654320015

36700654320015

Bayer. Staatsbibliothek

4427

Bibl. Mont. – 1 –

Ueber
den
eigenthümlichen Geist
des
Römischen Rechts
im Allgemeinen und im Einzelnen
mit Vergleichungen
neuer Gesetzgebungen.

Eine Reihe von Abhandlungen, welche
zugleich als
erläuterndes Handbuch
über die
ungewöhnlichern Darstellungen
in dem
Lehrbuch des gemeinen Civilrechts
dienen können
von
Dr. Gottlieb Hufeland.

Erster Theil

Giessen 1815
bey Georg Friedrich Tasché.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Inhalt.

Seite

I. Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen 1

II. Versuchte Berichtigung einiger bisher angenommenen juristischen Grundsätze über die Ableitung der Rechtsbestimmungen aus den Rechtsquellen nach S. 61. der 1ten Abh. 1

III. Veränderte allgemeine Ansicht der Lehre von Privilegien 211

IV. Ueber die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung von Geschäften 299

V. Ueber die Wirkungen der Unkunde des Rechts bestimmter Menschenclassen 231

Vorrede.

Nach einem viele Jahre hindurch fortgesetzten genauen Studium einzelner Rechtslehren; nach einer durch manigfaltige und vielseitige praktische Verhältnisse immer von neuem und verschiedenartig aufgeregten Aufmerksamkeit auf die Verbindung der Lehre mit der möglichen jetzigen Anwendung; nach oft wiederholten zusammenhängenden Vorträgen über alle Lehren des Civilrechts wird es wohl erlaubt seyn zu gestehen, daß manche Erzeugnisse aller dieser Bemühungen mir als neu und von den bisherigen Ansichten und Meynungen abweichend erscheinen. Es ist darum wohl der Versuch zu wagen, sie den würdigen Mitforschern in diesem wissenschaftlicheu Felde zur Prüfung vorzulegen.

Sie sind begreiflicherweise von mehrfacher Art. Einige sind rein wissenschaftlich und methodisch; betreffen fast ausschließend das Zusammenfassen, Ord-

nen und Darstellen der Lehren. Für den lehrenden Vortrag sowohl als für die Vermeidung von Irrwegen, Schwierigkeiten und Verwirrungen, welche durch falsche Begriffe und Entwickelungen so leicht veranlaßt werden, sind solche Untersuchungen unstreitig von hoher Wichtigkeit. Gleichwohl sollte man bey keinem Schritte, den man in ihnen thut, vergessen, daß sie nur die Mittel für die Erkenntniß betreffen und daß unmittelbar die Wahrheit durch sie weder begründet werde noch bestehe.

Eine andre Classe von Forschungen betrifft solche Lehren, deren vorzüglichster Stoff nicht zunächst aus geschriebenen Rechtsquellen zu schöpfen ist; wogegen eine dritte vorzüglich aus dem hieraus herzuholenden Stoff entspringt und begründet wird. Für diese letzte Classe ist nun unter allen keine Quelle — auf das wenigste gesagt — ergiebiger als das römische Recht.

Dem Streben nach unbeschränkter Vollständigkeit, — das unserm deutschen Volke häufig so preis-

würdig und des Wetteifers werth erscheint, — habe ich auf Erinnerung verdienter Männer, die mehr beachtet zu werden verdienten, und nach eigner Ueberzeugung längst entsagt, weil es so oft durch Weitläuftigkeit der Ausführung den Muth des Bearbeiters beugt, seine Kräfte für das ihm vielleicht wirklich eigenthümliche lähmt, und bey fast unvermeidlich ungleicher Ausführung selbst die Theilnahme der Leser bald abspannt. Ich glaubte daher auch jetzt lieber nur eine von jenen Arten von Untersuchungen allein herausheben und mich dieser zuvörderst ausschließend widmen, jedoch auch bei ihr bloß auf das beschränken zu müssen, was ich als wirklich neu und eigen darüber vorbringen zu können glauben durfte; versteht sich insofern nicht etwa bekannte Dinge zum vollen Verständniß des vielleicht eigenthümlichen mit zu berühren nöthig waren.

Diesem Entschluß zufolge habe ich denn unter den vorher genannten verschiedenen Classen von Untersuchungen nunmehr die letzte, und zwar insofern

sie aus dem römischen Rechtsbuch fließt, ausgewählt. Man wird mir es hoffentlich vergeben, wenn ich über das römische Recht eine besondre Ansicht mir beylege, da ich sie in der ersten Abhandlung überhaupt zu enthüllen, durch die zweyte noch mehr aufzuklären und schon in diesem Bande einzelne Materien darunter zu bringen gesucht habe, wenn sie sich gleich in den folgenden Bänden, wie ich mir schmeichle, an noch viel wichtigern einzelnen Lehren weit einleuchtender bewähren soll, von denen aber immer keine berührt werden wird, über welche ich nichts als schon bekannte Dinge vorzubringen wüßte.

Gerade in den gegenwärtigen Zeiten scheint man zu einer ganz angemessenen Betrachtung und Erwägung des römischen Rechts um desto stärker aufgefodert zu seyn, da auf der einen Seite der Hang zu neuen Gesetzgebungen und die Meynung, wie durch diese alles alte überflüßig werde, immer mehr um sich greift und von oft eben so entschieden in dem, was eigentlich Noth thut, unwissenden als

selbstgenügsamen und unüberlegt raschen Gesetzschmie-
den und Lehrern absichtlich weiter verbreitet wird,
und auf der andern Seite es eben deshalb um so
dringender ist, daß es recht einleuchtend werde, wie
durchaus nichts im Stande sey, so wenig im Recht
wie in andern Feldern der Wissenschaft und Kunst,
die ewigen Vorbilder der antiken Welt zu ersetzen.
Nur wird dabey wieder eine weitere Nebenrück-
sicht niemals übersehen werden dürfen. Nicht des
Wissens wegen, sondern zum Behuf des Lebens und
der Thätigkeit in demselben ist der eigentliche Rechts-
gelehrte durch andre und durch sich allein zu bilden.
Freylich ist es ausser allem Zweifel, daß niemand
ohne richtige und genaue Kenntniß des eigentlich Hi-
storischen im römischen Recht sich eine Einsicht in
dasselbe zuschreiben kann; und so lange es rein auf
dieses ankommt, mag die Bearbeitung desselben um
die heutige Anwendung unbekümmert bleiben. Nur
halte man damit das eigentliche Bedürfniß der Zeit
nicht für befriedigt. Immerhin mag der Stoff der

anzuwendenden Lehren aus den fremden Gesetzen geschöpft werden; aber bearbeitet und zu wirklich brauchbaren Lehren ausgeführt kann er nur mit fester und unverrückter Hinsicht auf die heutigen Lagen und Verhältnisse werden; nur durch Entfernung des nicht mehr passenden, nur durch Abänderung der Bestimmungen gemäß den veränderten Verhältnissen, so daß das wirklich wesentliche oder das auch bloß beybehaltene in jeder Lehre sich desto klärer für Einsicht und Anwendung hervorhebe.

Selbst den Vortrag der Rechtsgeschichte sollte jener Zweck des gesammten akademischen Studiums wohl leiten; nicht um sie abzukürzen oder oberflächlich zu machen. Gründlicher und erschöpfender Kenntniß kann man in keinem Fach der Wissenschaften entrathen; wohl aber wird die Wichtigkeit der einzelnen Theile sich darnach bestimmen. Diejenigen müssen als die bedeutendsten erscheinen und eben darum am vollständigsten und deutlichsten entwickelt werden, aus denen die Aehnlichkeit oder die abwe-

chende Eigenthümlichkeit der alten und neuen Verhältnisse, aus denen der Uebergang in der Ausbildung vom alten zum neuen zu allernächst vor die Augen tritt.

Der Beförderung dieses Zwecks habe ich denn auch in diesen Abhandlungen nachzustreben und für diesen Behuf die Quellen selbst stet und reichlich zu nützen gesucht. Ein großer Theil der Belehrungen, die sie darbieten, schien mir nur durch ihre unabläßige Benutzung und Vergleichung unter einander hervorzugehen und wahrhaft ergiebig zu werden. Ich habe darum die mir zu Gebot stehende Zeit hierauf vorzüglich gewandt und lieber die bey spätern Revisionen erst mehr Gewinn versprechende Benutzung der neuern Bearbeiter aufgegeben, welche ohnehin im ganzen nicht zu erschöpfen gewesen wäre.

Doch will ich dies nur so verstanden wissen, daß ich mir nicht die Pflicht aufgelegt habe, alles über eine rechtliche Frage vorgebrachte, ehe ich an ihre Bearbeitung ginge, durchzulesen und durchzuforschen.

Daß frühere Studien mich zu vielen Schriften der Doctoren und auch die Nothwendigkeit, mit der fortgehenden Bearbeitung meines Fachs immer gehörig Schritt zu halten, zu den meisten neuen Werken geführt haben; wird, wie ich glaube, den Kennern aus manchen auf solche sich beziehenden oder doch durch sie veranlaßten Erläuterungen leicht einleuchten, wenn ich auch lieber, um jeden polemischen Anstrich zu entfernen, das Anführen der mehresten unterließ. Nur gegen recht bedeutende Schriftsteller, von denen ich abwich, glaubte ich eher die Achtung zu verletzen, wenn ich ihrer nicht bey einigen Gelegenheiten gedächte, wie sie denn hoffentlich den Ton nie mißbilligen werden, in welchem ich mich gegen sie erklärte.

Daß bey dieser Art der Bearbeitung wohl zuweilen etwas für nicht gesagt von mir gehalten werden konnte, welches sich doch schon bey andern finden möchte; — diesem Uebel ließ sich nicht vorbeugen; doch wagte ich mich lieber in eine solche Ge-

fahr, als daß ich die mir wichtiger scheinenden Vortheile aufgeben wollte, die ich aus einem immer erneuerten und wiederholten Quellenstudium durch neue Erforschung und Vergleichung alles einzelnen hervorgehen zu sehen hoffen durfte.

Die Belege aus den Quellen habe ich allenthalben, wo mir das wirkliche Vorliegen und Betrachten derselben vortheilhaft schien, wörtlich und im vollen nur irgend an jeder Stelle nöthigen Zusammenhange abdrucken lassen, weil ich selbst aus eigner früherer Erfahrung weiß, wie leicht man sich überredet, es sey fast unmöglich, daß manches aus den Gesetzen behauptete in demselben stehen könne und doch von den gewöhnlichen Rechtsgelehrten nicht gesehen sey, und wie bald man alsdann, ohne nachzuschlagen, voraussetzt: so könne es sich nicht in den angeführten Stellen finden. Solche Voraussetzungen widerlegt am besten der Augenschein. Ich habe oft auch Nebenbemerkungen, ohne sie immer auszudrücken, durch vollständigere Angaben der Ti-

tetrübricken oder durch Auszüge aus den Ueberschrif=
ten und Unterschriften veranlassen wollen.

Da ich mir bey allen diesen Versuchen einer ernstlichen und unbefangenen Forschung bewußt bin; so werde ich mir auch wohl nicht umsonst schmeicheln, daß man sie einiger Aufmerksamkeit würdigen werde.

Landshut am 28. May 1814.

G. Hufeland.

I.

Ueber

den eigenthümlichen Geist

des Römischen Rechts

im Allgemeinen

mit Beziehung auf neuere Gesetzgebungen.

Sieben Jahrhunderte sind verflossen, seitdem das wieder auf den Lehrstuhl erhobene römische Recht seinen Glanz über Europa zu verbreiten anfing; und während dieses ganzen Zeitraums verblichen die Strahlen dieses Glanzes nicht um den geringsten Grad ihrer Herrlichkeit. Bald anfangs zog jeder, dem ein Durst nach Wissenschaft und eine Begierde nach fruchtbringender Thätigkeit für Staat und Volk die Seele entbrannte, — der Laye sowohl als der der Kirche Geweihte, — nach den Städten, welche die Lehrer dieses Rechts durch dessen Auslegung und den dadurch errungenen weit umher gepriesenen Ruf verherrlichten. Die Lippen der von ihnen zurückkehrenden Belehrten flossen von dem lauten Ruhme der dort geschöpften Weisheit über; und doch war es kein vorüberrauschender Taumel für eine schnell wieder verlassene Traumschönheit, der ihren Zungen Worte und Kraft der Rede einflößte; es war keine nur an den heiligen Zauberorten, nur dem empfänglich gemachten Begeisterten, mittheilbare Anhänglichkeit, auf welche dies Recht seinen Anspruch geltend machte.

Willig, befriedigt und dankbar vernahm man in allen Ländern Europa's seine Ausſprüche und Belehrungen; Kaiſer, Könige und Fürſten beugten ſich, gleich vom erſten Jahrhundert ſeiner neuen Blüthe an, ohne Murren und mit überzeugter Ergebung unter ſeine Entſcheidungen; die Vorſteher der Kirche legten es immer allgemeiner ihren Richterſprüchen, wie ihren Kirchengeſetzen, zum Grunde; aus jeder verſuchten neuen Geſetzgebung für Länder oder Städte leuchtete ſo mancher glänzende Funke hervor, den nur die das Reich der Rechte ſo hell als bisher ungeahnet beleuchtende Flamme der römiſchen Geſetze dahin verſprühet hatte; dem Studium dieſes Geſetzes waren alle Stände hold und die höchſten Herrſcher ſchützten und begünſtigten es ſo auszeichnend, als faſt nur die Kräfte ihres Geiſtes und ihre Herrſchergewalt geſtatteten; jeder beinahe um ſo mehr als er ſelbſt in allem ſeinem Thun eine größere Wirkſamkeit liebte und durchgreifendes Handeln ſein höchſtes Streben ſeyn ließ. Faſt keine Schrift, die Beziehung auf rechtliche Verhältniſſe nahm, entſprang aus der Feder irgend eines Gelehrten, in welcher nicht deutlich, wenn nicht gar ausdrücklich, der Einfluß dieſes Rechts auf die Geiſtesbildung des Verfaſſers und auf die Behandlung des Stoffs ſich kund gab.

Aber nicht etwa mit dem Ablauf des ſo oft für dunkel, kenntniß- und geſchmacklos geſcholtnen Mittelalters ſchwand dieſe Verehrung. Gerade die ſpätere

neue Morgenröthe der wieder belebten allgemeinern Studien gab und empfing dort mit warmer Liebe und Zuneigung erhöhetere Beleuchtung. Die thätigsten Heroen in jener Zeit der Auferweckung wandten sich voll eifriger Dringlichkeit mit Verehrung und Preis zu dem Tempel dieser Gerechtigkeitsgöttin. Die untadelhaftesten Kenner des Alterthums legten lautes Zeugniß des Lobes über Sprache und Ausdruck der Schriftsteller ab, aus deren juristischen Büchern Bruchstücke der Nachwelt bewahrt waren; höchst gebildete Gelehrte, deren Namen man unter den größten Meistern der Redekünste mit der unübertreffensten Auszeichnung feiert, verschmähten es nicht, sich mühseligen Arbeiten für die Berichtigung und Benutzung dieser Schätze zu unterziehen; und was allerdings noch ein weit schwereres Gewicht in die abwägende Schale legt, die befugtesten Würdiger menschlicher Talente und Geisteskräfte, in ganz Europa, wenn je einer, dafür anerkannt, wiesen dem Scharfsinn und der feinsten und eindringendsten Forschungsgabe und Gewandtheit der römischen Rechtsgelehrten den höchsten Rang neben den unstreitig allgemein so gewürdigten tiefsten Denkern an.

Aber noch mehr; selbst alle Reiche, in welchen man zu unsern Zeiten neue Gesetzgebungen ans Licht förderte, stimmen in den Geboten überein, daß dennoch die Erlernung der römischen Rechte nie aufhören, sondern

unveränderlich die Grundlage des gesammten Rechtsstudiums für alle Zukunft bilden und ausmachen solle; und sie gaben diesen Geboten Stütze und Ausführbarkeit durch eigne deshalb angeordnete Anstalten.

So nicht um das kleinste Maaß herabgestimmt, so vieltönig und doch in jeder Stimme so rein und fest hallt das hohe Lob dieser Gesetzgebung durch alle Länder von Europa und selbst über diesen Welttheil hinaus; und kaum werden nur einige auf eine entgegengesetzte Würdigung denkende Aeusserungen bemerkbar. Zu solchen ist begreiflicherweise das allerdings durchaus befugte Ereifern gegen unzuläßige Anwendungen römischer Rechtslehren auf Gegenstände, die ihnen fremd sind, nicht zu zählen. Dieses strömt am natürlichsten, leichtesten vom Munde der lautersten Kenner und unbeschränktesten Verehrer dieses Rechts. Von allgemeinen Anfällen gegen dasselbe haben uns ältere Nachrichten nur einen einzigen überliefert, bey dem aber Zeit, Ort, Veranlassung und Folgen so ungewiß sind, daß man ihn kaum für ein wirkliches Ereigniß achten mag; und bloß in den neuesten Zeiten, in denen das abgeschmackteste, wie das ungeheuerste, auf den Schauplatz trat und die Blicke auf sich zog, erwuchsen aus einseitig aufgestellten und willkührlich ausgedehnten Systemen durchgeführte Angriffe auf diese Rechtsgelahrtheit, die um desto mehr im strengsten Sinne belustigten, weil auch selbst dem Halbkenner es sich sogleich enthüllen

mußte, man habe mit allen den Mängeln das römische Recht erst willkührlich oder träumerisch ausgestattet, gegen welche man den Kampf begann. Selbst diese Angriffe erhärteten durch ihre unwidersprechliche Richtigkeit um desto mehr die hohe Gerechtigkeit des Preises so vieler Jahrhunderte und so höchst befugter Richter aus den verschiedensten Völkern.

Aber was ist's denn eigentlich, das für das römische Recht diese Bewunderung erregt und dieses Lobpreisen hervorruft? Sollte diese Frage nicht gerade zu unserer Zeit die größte Wichtigkeit erhalten, aber auch die unbefangenste Prüfung ertragen, da neue Gesetzgebungen der Anwendung dieser Rechtsgelahrtheit immer mehr Feld abzugewinnen scheinen? Sie erheischt in einer Periode, wo schon so manche Reihe wissenschaftlicher Kenntnisse mit erhellter und gereinigter Fackel der Prüfung durchaus beleuchtet und unter ein von den früheren Ansichten ganz verschiedenes Licht gebracht worden; in einer Periode, wo in Lehre und Ausübung so vieles neu geworden ist und noch werden soll, um desto dringender eine ruhige und eindringende Erwägung an sich selbst und in ihren Folgen.

Gilt denn also — um diese Frage nach ihren verschiedenen Seiten zu theilen — jene lange und vielseitige Bewunderung allen Theilen des römischen Rechts; allen Zeiten, die es durchwanderte? Ist es bloß der

Stoff, den man so musterhaft, wo nicht unnachahmlich, findet? Oder ist es die Behandlung — allein oder neben dem Stoff? und welche Vorzüge der Behandlung sind eben als Vorbild und Ziel aller ähnlichen Bestrebungen anzuerkennen?

I.

Welche Theile des römischen Rechts verdienen die allgemeine Bewunderung?

Werden vorzüglich — damit wir uns nun zum einzelnen wenden — die neuesten in den Justinianeischen Rechtssammlungen enthaltenen Verordnungen der christlichen Kaiser angestaunt? Etwa die Zeitbestimmungen oder sonstigen mehrmals geänderten Schranken für Usucapion und Verjährung von Klagen und Einreden? die willkührlichen Zinsgrenzen, über welche Justinian selbst zum Theil nicht mit sich einig werden konnte? die nicht gleichförmigen Festsetzungen über Emphyteuse? die mancherley oft mit so ausgesponnener Ruhmredigkeit angekündigten Privilegien der Bürger, des Fiscus und einiger Testamente? die neu ertheilten Pfandrechte beym Conkurse? die Justinianeische Ordnung bey der gesetzlichen Erbfolge? die neuen Aftererbeseinsetzungen? Die Verfällungen der Erbschaft auf Erben? die allgemeinen Eide für Gefährde? die Anstandsverträge? die Klage wegen Verletzung über die Hälfte? oder aber so manche Beschränkungen dessen, was früher frey war;

der Enterbungsursachen, des Kaufs von Forderungen und Klagen, der Bürgschaften für den Ehemann, der großen Schenkungen der Testamente und so manches andere?

Diese Gesetze sollten gerade angestaunt worden seyn? Sind doch die Schriften der Rechtsgelehrten in den neuern Jahrhunderten voll von Klagen über die Lücken, Ungewißheiten und Widersprüche der aufgezählten, nur vom Gesetzgeber selbst am meisten gepriesenen Anordnungen! Hat doch darüber fast in jedem Reiche oder Lande sich ein berichtigendes, ergänzendes, abänderndes Gewohnheitsrecht, entschiedener oder weniger entschieden gebildet! Suchen doch eben die neuen Gesetzgebungen meistens in diesen Punkten und Lehren ungebahnte Wege zu gehen! Selbst die von den wohlwollendsten Gesinnungen erregten und geleiteten Gesetzgebungen, wenn nicht in einzelnen Stücken die Ueberzeugung, daß hier die größte mögliche Freiheit das sicherste Heil bringe, überwog; wie vielmehr jene Gesetzgebungen, in welchen despotisches, menschliche Thätigkeit und menschliches Verkehr im Innern und mit andern Völkern in immer engere Fesseln einzwängendes Streben das deutlich vorherrschende Prinzip war und die also gern eben solche Theile zur Aenderung erkiesten, welche auch der selbstgefällige Gesetzgeber Justinian sich ausersehen hatte, weil hier die Aenderung rein willkührlich geschehen konnte und zum Theil mußte, und eben darum am leichtesten vorzunehmen war!

Indessen ganz dasselbe Schicksal trifft denn auch die ähnlichen, gleichfalls bloß willkührlichen, Bestimmungen des römischen Rechts, das sich aus älterer Zeit herschreibt: die willkührlichen Zeitbestimmungen des in der Civilzeitberechnung, bey der Mündigkeit und Minderjährigkeit; die willkührlichen Einschränkungen der Ausübung des Eigenthums, der weiblichen Interceßionen, der Gelddarlehen von Hauskindern; die ältern Zinsgrenzen; die Abtheilungen des Sonderguts der Hauskinder; den Brautschatz; manche Bestimmungen über Klagen, über den Schätzungseid, über erhöhten Schadensersatz, über Gewährleistung von Mängeln beym Kauf u. a. Auch über diese ältern Bestimmungen sind die Rechtsgelehrten in manchen Rücksichten unzufrieden, die Gewohnheitsrechte abweichend, und die neuern Gesetzgebungen ändernd und bessernd.

Daß aber nun aus dieser Herabwürdigung so manches neuern in der römischen Gesetzgebung ein allgemeines Lob, eine unbedingte Billigung der ältern oder gar ältesten römischen Rechtsinstitute sich erhebe; kann keinem Unterrichteten einfallen zu behaupten oder zu glauben. Wird ein solches Lob und eine solche Billigung für die bürgerlichen Vormundschaften, für das alte römische Eigenthum und dessen besonders beschränkte Erwerbung, für die wörtlichen Contrakte der Römer, für ihre Annahmen an Kindesstatt, ihre Entlassung aus der väterlichen Gewalt, ihre Testamentsform, für

die Ausschließung gewisser Verabredungen von den durch den Staat zu schützenden Rechtsverhältnissen, für manche Privatmittel zur Erhaltung von Rechten, für so viele Theile des Verfahrens vor den die Gerichtsbarkeit verwaltenden Obrigkeiten u. dgl. sich wohl nachweisen lassen? Hat vielleicht die unbedingte Verehrung alles Antiken sich auch auf dieses alterthümliche ausgedehnt? Allein jene Bewunderung und Anwendung des römischen Rechts erfüllte schon im Mittelalter alle Gemüther zu einer Zeit, wo das Antike gar keine, oder nur sehr seltene Anbeter für sich gewonnen hatte. Von vielen unter diesen zuletzt genannten Instituten ist keine Spur mehr im Justinianeischen Gesetzbuch und die ältern Ausleger dieses Gesetzbuchs im Mittelalter kannten oft gar nicht einmal die Namen dieser Institute. Um die meisten haben freilich erst neuere Forscher zum unbegrenztesten Dank aller, die wissenschaftliche Untersuchungen wahrhaft zu würdigen wissen, das schwere Verdienst einer hinlänglich befriedigenden neuen Enthüllung ihrer eigentlichen Natur errungen; aber so überzeugend auch, besonders durch Zusammenstellung des Ganzen, diese Enthüllung meistens sich darstellen muß; so war sie bisher zum Theil ganz ungeahnet, und weder die alte Erhebung noch Herabwürdigung kann auf sie sich beziehen, da vielmehr, insofern man etwas darüber zu wissen glaubte, dies alles doch früher in Ungewißheit schwankte oder in widersprechende Meynungen sich theilte. Was aber auch aus der richtigen Ansicht jener ältesten oder

auch in der üppigsten Blüthezeit des römischen Staats erzeugten Rechtsinstitute sich ergeben kann, es mag zum großen Theil durch weises Zusammenpassen mit allen damaligen Verhältnissen, durch große Festigkeit der begründeten Verflechtungen mit den hergebrachten Einrichtungen und Sitten, durch Unterstützung der diesem Staat eignen Zwecke, durch die vollkommenste Zusammenstimmung mit der Verfassung dem prüfenden Forscher noch so ehrwürdig erscheinen; einzig in dieser Rücksicht steht Rom nicht da. Mehr als ein alter Staat wird mit dem sichersten Grunde als das Meisterstück eines durchaus gleichförmigen, alles durchdringenden, alles belebenden, alles vereinigenden Gusses gepriesen. Aber eben darum war auch jede solche Verfassung und was durch sie entstand und von ihr abhing, nur an ihrem Ort und in ihrem Lande vortrefflich. Die Nachwelt kann sie anstaunen und bewundern, aber nicht nachahmen und anwenden. Denn ihr fehlen eben die Elemente, aus denen sie hervorging und auf die sie sich stützte und einwirkte.

Was bleibt denn aber nun noch, nachdem auf so manches bisher zurückgeschobne nicht zu achten ist, von dem römischen Recht übrig? Eben das alles, das weder gesetzgeberische Willkühr noch besondre politische oder sittliche Verfassung und Sinnesart als seine Erzeuger erkennt. Die auszeichnende Eigenheit der römischen Rechtsgelehrsamkeit, die von alten Zeiten her, wenn

gleich aus geringem Keim, entsprang, aber in stets wachsender Ausbreitung bis zur Zeit ihrer reichsten Blüthe sich entfaltete; die Eigenheit, daß man in Rom nicht auf das eigentlich und ursprünglich römische sich beschränkte, sondern auch das bey andern Völkern vorkommende und geltende (das alte jus gentium) anerkannte, absichtlich und nach ausdrücklich erklärten Grundsätzen annahm und ausbildete; diese war es, die sich besonders in denjenigen Einrichtungen, Anordnungen und Lehren äußerte, welche die Willkühr einzelner Menschen oder vorübergehender Perioden, welche die eigenthümlichen Sitten und Gesinnungen am wenigsten und auf keinen Fall mit irgend einem Ausschließungsrecht zuließen. Darum eben haben sich denn vorzüglich die Lehren vom Eigenthum, von den Dienstrechten, besonders vom Nießbrauch, beinahe die, so ausgezeichnet reichhaltige, Lehre von den besondern Rechtsverhältnissen, die Lehren von der Auslegung der Verträge, der Servituten, der Testamente, der Rechtssprüche, eben so wie die von den Bedingungen und andern Nebenbestimmungen der Verträge und Testamente, die Lehre von der Ausübung der Rechte, vorzüglich aber des Eigenthums und der Dienstrechte, oder vom Besitz, die auffallend natürliche Behandlung der Lehre von der Geburt und von der Rechtmäßigkeit der Kinder u. dgl., unter vorausgesetzter Richtigkeit medizinischer Beobachtungen und noch manche andre mehr, so höchst allgemein empfohlen. Zwar ist nach früheren Aeußerungen von

Rechtsgelehrten fast vorauszusetzen, einzelne der eben genannten Lehren möchten nicht so leicht und allgemein als unbedingt empfehlungswerth anerkannt werden; dieß hält auch in der That ab, noch andere zu nennen, die auf denselben Rang Anspruch haben dürften. Dennoch wird den meisten jener Vorzug nicht bestritten werden; und den übrigen sey dieser leicht und bald für sie zu rechtfertigende Platz zum voraus schon immer gegönnt.

Sind es denn aber nun bloß die Grundsätze und endlichen Folgen der genannten und angedeuteten Lehren, welche jene Achtung und Bewunderung errungen haben? Oder ist es die ganze Behandlung, durch welche sie entstanden und erzeugt wurden? Sind vielleicht gar nur jene letzten Erzeugnisse durch eine solche Behandlung möglich geworden?

II.

Welches ist das eigenthümliche in der Behandlung der römischen Rechtslehre?

Allerdings erklären sich mehrere deutlich ausgesprochne Stimmen ausgezeichneter Bearbeiter der Wissenschaften, selbst vom anerkannt ersten Range, sehr entschieden zu Gunsten der Behandlung der römischen Rechtsgelehrten; nur freilich nicht alle in gleichem und am Ende doch wohl nicht einmal in einem zuzugestehenden Sinne. Selbst Leibnitz schon, indem er neben dem Scharfsinn und der Gediegenheit des Ausdrucks Folgekraft, Gewicht und Subtilität an ihnen rühmt *), scheint einzig und allein solche Eigenschaften

*) Leibnitii XV. (epistolae ad Henr. Ernest. Kestnerum, epist.) (Opp. ed. Dutens. Gen. 1768, pag. 254.) Ceteroquin ego Digestorum opus vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem. Mira est vis consequentiarum, certatque ponderi subtilitas. Quanquam non ideo conclusiones semper probem, quae saepe ducuntur ex quibusdam veteris persuasionis apicibus opinione consecratis, veluti quod nemo possit pro parte testatus intestatusque decedere, quaeque alia sunt id genus multa, non aequitatis, sed formulae partus.

derselben hervorzuheben, welche bloß die ausschließend wissenschaftliche Behandlung würdig auszeichnen. Noch deutlicher bezeugen dieß andre neuere Schriftsteller. Schlosser vollends drückt sich darüber auf eine Weise aus, daß sein Lob sich fast vor dem unbefangnen Beurtheiler in wahren Tadel abändern dürfte. Er rechnet es den römischen Rechtsgelehrten zur Weisheit an, daß sie eine in den Rechten immer gefährliche, aber wenn es Noth that, doch endlich einmal gegebene, Definition nachher als ein Geschöpf Gottes und der Natur angesehen hätten, an deren Verhältnissen nichts mehr zu ändern sey; und dieser Weisheit wegen habe man in der Folgezeit die römischen Gesetze als eine geschriebene Vernunft angesehen *). Noch andre setzten

*) Schlosser Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preuß. Gesetzbuchs insbesondre S. 102. „Ueberhaupt haben die alten Juristen, die gar wohl wußten, wie gefährlich die Definitionen in den Rechten sind, sich — nicht gescheut, sie überall zu geben, wo sie mußten. Und hatten sie einmal eine gegeben; so sahen sie sie an, wie Geschöpfe Gottes und der Natur, an deren Verhältnissen nichts mehr zu ändern wäre. Diese, ich muß es Weisheit nennen, war es auch, welche machte, daß man die römischen Gesetze für eine geschriebene Vernunft hielt, und mit Recht noch hie und da dafür ansieht. Sie wars, die ihnen den Vorzug vor den deutschen Gesetzen und Gewohnheiten gab und ihre Anwendung selbst in Staatsrechtssachen, in dem Mittelalter vielen Juristen räthlich machte". — Den schwankenden

den Hauptvorzug des römischen Rechts in die „Analysis" (Entwickelung und Anwendung) der Rechtssätze und Rechtsbegriffe, während es der synthetischen Sätze, welche den eigentlichen Gegenstand der Gesetzgebung ausmachen, verhältnißmäßig nur wenige enthalte. Bey jenem habe nicht die gesetzgebende Weisheit, sondern die Logik das Hauptgeschäft, welche durch ihre Consequenz und Strenge, die einer Demonstration nahe komme, leicht auch einen denkenden Mann zu dem Irrthum verleiten könne, daß das so Entwickelte aus allgemeiner reiner Vernunft hervorgegangen sey, während zuletzt der erste Ring in der langen Kette immer nur ein zugleich in der Erfahrung ruhender, durch Politik und Gerechtigkeit gemeinschaftlich bestimmter, synthetischer Satz der Gesetzgebung sey*).

Es ist einleuchtend, daß diese und manche ähnliche Ausdrücke der Beurtheilung und selbst des Lobes sich alle aus der allgemeinen Vorstellung ableiten, die römischen Rechtsgelehrten, von denen unstreitig allein die Rede ist, hätten eine allgemeine Grundlage von Rechtssätzen vorausgesetzt, vorgefunden oder willkührlich selbst gebil-

---

und unbestimmten deutschen Ansichten zogen sie die römischen vor und verwarfen etwa nur einiges oder griffen zu Fictionen.

*) Feuerbach Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft S. 30.

gebildet, aus denen sie nachher mit der höchsten wissenschaftlichen Folgekraft ihr gesammtes System (denn als solches mußte es alsdann erscheinen) entwickelt hätten. Es ist aber auch eben so einleuchtend, daß diese Vorstellung, wie auch in der letzten Stelle, und selbst von Leibnitz *) angedeutet wird, mit der andern in frühern Zeiten deutlich ausgesprochen, und von manchen berühmten Rechtsgelehrten, besonders Cocceji, vollständig durchgeführten zusammenfallen muß, das römische Recht sey in der Wirklichkeit ein ziemlich vollendetes Naturrecht in der neuern Bedeutung dieses Worts und gerade dieser Eigenthümlichkeit wegen von dem unübertreffbaren Werthe, den man ihm beilege.

Erwägt man nun aber mit Gefühl und Stimmung für das wahrhafte und unterscheidende Antike diese Art der Würdigung; so möchte sich wohl bey allem günstigen Vorurtheil, das die genannten Namen erregen möchten, doch einiger Zweifel erheben, ob die von ihnen

---

*) Commercii epistolici Leibnitiani typis nondum vulgati selecta specimina edidit — J. G. H. Feder. Hannover 1805. pag. 145. Le livre des digestes est admirable et des plus beaux que je connoisse et qui peut aider beaucoup même pour les recherches du droit naturel; de sorte que ce qui semble avoir fait le plus de tort à feu Mr. Pufendorf, c'est de n'avoir pas été assez profond là-dedans.

vorgebrachten Behauptungen dem Geiſte des Alterthums gemäß ſeyn können?

Ganz unbeſtritten ragt die neue Zeit ſeit dem Verfall des koloſſalen Römerreichs unter mehrern Vorzügen beſonders durch dieſen über alle hinaus, daß ſie die höchſten, dem Menſchen innwohnenden Ideen, die ihn allein im eigentlichſten Sinn über alles ihn umringende erheben, in einer Reinheit, Erhabenheit und Wärme belebt und in einer Allgemeinheit und Ausdehnung verbreitet hat, welche jedem frühern Zeitraum unbekannt geblieben waren. Aber unverkennbar zog dieß wieder eine andre Veränderung gegen die frühern Zeiten als Folge nach ſich, die viele köſtliche Schätze und Gaben der Vorwelt ſo tief in den Boden drückte und verſchüttete, daß ſie nur durch ein neues und lange fortgeſetztes Nachſpüren und Eindringen wieder zu Tage gefördert werden können; eine Arbeit, von der vieles gethan, aber noch viel mehr zu thun rückſtändig iſt, und wovon beſonders noch immer weit reichere und gereiftere Früchte erwartet werden müſſen.

Jene veredelnde Hinweiſung auf das Innre im Menſchen und jene Erhebung deſſelben im Innern ſollte allerdings ihn höher ſtellen als alles, das ihn umgab; aber ſie wandte ihn auch nun gänzlich von allem äußern hinweg; ſie nahm ihm die Neigung dafür; ſie predigte ihm wohl unbegrenzte Abneigung dagegen; und

mit dem Verschwinden dieser Neigung ging zugleich Sinn, Fähigkeit, Empfänglichkeit, Uebung und Kunstfertigkeit dafür verloren. An dessen Statt sollte nun alles von dorther ausgehen, wo die erhabensten Vorstellungen allein ihren Sitz hatten und finden konnten; alles von innen heraus. Darum nun das allgemeine Streben, nicht auf einem andern Wege als durch Grundbegriffe, durch bloße Vorstellungen zu begründen und zu entwickeln; aus ihnen alle Erkenntnisse, alle sichre Einsicht, jede wahrhaft gültige Lehre abzuleiten und zu beweisen. So entstand die unbedingteste, wie unbegrenzteste, Achtung und Ehrfurcht für strenge wissenschaftliche Behandlung, für genauen wissenschaftlichen Zusammenhang; so die Meynung, daß dieselbe Form und dasselbe Verfahren, die in einigen Reihen von Kenntnissen bewundert werden mußten, welche nur als streng verbundene Wissenschaften bestehen können, für alle Kenntnisse gleichförmig anzuwenden oder sonst den übrigen Begründung und Haltbarkeit durchaus abzusprechen sey; so dieses Lobpreisen der Definitionen, der Analysis, der Folgerichtigkeit und andern damit verwandten Eigenschaften. Es wäre die tadelnswürdigste Verirrung, diese Meynung und dieses Lobpreisen des Leichtsinns oder der Oberflächlichkeit zu beschuldigen. Ergäbe es sich nicht schon aus den bloßen obengenannten Namen, denen noch andere von ähnlicher Würde beigezählt werden könnten; so würde doch manche genauere Ausfüh-

rung und Folgerung nur zu deutlich die feste Ueberzeugung und den redlichen Ernst hervorleuchten lassen, womit jene Behauptungen vorgebracht wurden; und bey dem tiefen und unwandelbaren Bestreben nach der größten möglichen Gründlichkeit, das die deutschen Bearbeiter der Wissenschaften im allgemeinen anerkanntermeise auszeichnet, kann es unstreitig nicht als Vorwurf gegen das deutsche Volk erscheinen, wenn man sagen muß, daß dieses gerade vor allen andern die Wissenschaften durch eine strenge Grundlage allgemeiner Vorstellungen und Begriffe, durch folgerechte Ableitung aus denselben, durch die strengste wissenschaftliche Behandlung auszubilden und dadurch ausschließend oder doch ganz vorzüglich eine bisher unentdeckte und fest begründete Kenntnisse und Lehren ans Licht rufen zu können glaubt.

Ließe es sich nun auch noch zweifeln, ob denn dieß Verfahren im Recht überhaupt oder auch nur in den mehresten Theilen mißglücken müsse; so ist es doch auf jeden Fall dem eigentlichen Charakter des Antiken so schnurstracks entgegen, daß es schon darum befremden, und sich fast als unerklärbar darstellen müßte, wenn die römische Rechtsgelehrsamkeit, indem sie sich von dem antiken Geiste losreißt, hiedurch allein auch nur ausgezeichnet glänzen sollte. Die von den Neuern vorzüglich sobenannte antike Welt hat keinen eigenthümlichern Grundcharakter als eben die allgemeinste, unbefangenste

und ungetrübteste Offenheit und Empfänglichkeit für alles, das den Menschen von außen her umgibt nnd ihm, unter welchen Formen es auch sey, erscheint. Darum erkannten längst die am wenigsten verbildeten, die am tiefsten eindringenden, Forscher der Natur und des Alterthums der Alten Wahrnehmungen, Beobachtungen und Erfahrungen über die Körperwelt, die sich oft auf einen sehr ausgedehnten Umfang verbreiten, für eben so reichhaltig als rein, unverfälscht und bey immer genauerm Nachforschen sich fester und fester bewähreud an; darum wurden noch immer die meisten auf uns gekommenen Lehren des Alterthums über die Behandlung der Körperwelt, seitdem sie von neuem bekannt wurden, falls nicht gänzlich veränderte Umstände und Lagen oder völlig neue Entdeckungen sie beseitigen, mit den glücklichsten Wirkungen befolgt; darum auch verehren unsre mit dem geläutersten Kunstgefühl beseligten Zeitgenossen als unübertrefflich und unnachahmlich jene durch offne Empfänglichkeit für die Außenwelt hervorgerufen und durch innern Kunstsinn geschaffene, gereinigte und veredelte Ideale von Göttern und andern schönen Gebilden.

Aber nicht einzig auf dies Gebiet der Körperwelt beschränkte sich der antike Sinn und die antike That. Eben so frey und offen empfingen sie alle Eindrücke dessen, was ihre menschlichen Mitgenossen in die Außenwelt und durch sie in andere Gemüther nach der menschlichen Handlungsweise hineinlegten. Gerade hierinn,

daß sie sich nie verleiten ließen, die als noch so glücklich erprobten Beobachtungen und Behandlungen unverändert auf Gegenstände, für welche sie nicht paßten, anzuwenden, bewährte sich die ganz eigenthümliche Erhabenheit ihres Geistes und Sinnes. Auch in dieser ganz neuen Sphäre sind längst schon die, später psychologisch genannten, Wahrnehmungen über menschliche Fähigkeiten, Gemüthseigenschaften und Handlungsweisen, viele moralische Grundsätze und Würdigungen mit großer Billigung anerkannt und die hiernach ausgebildeten Werke der Redekünste, wodurch wieder auf Gemüth und Geist empfänglicher Hörer und Leser gewirkt werden sollte, mit dem Ehrennamen der Meisterhaftigkeit oder Classicität als Muster allgemeiner Bildung und Nachahmung aufgestellt.

Hier oder nirgends mußte sich denn nun auch die Aeußerung des antiken Charaktes der Rechtsgelahrtheit und ihrer Bearbeiter hervorthun, sobald nur ihre allgemeine Gestalt eine solche Aeußerung verstattete. Freilich sollte das gänzliche, kaum nur in einzelnen Beziehungen unterbrochene Stillschweigen der neuern Rechtsgelehrten darüber fast mißtrauisch, wo nicht völlig ungläubig, gegen das Auffinden von Lebensspuren dieses Geistes in dem Gebiete des Rechts machen; aber wie oft schon entdeckten nicht redliche Forscher, die sich in Freiheit von allen verblendenden ererbten Vorurtheilen setzen konnten, vieles als einzig gegründet und richtig,

das vorhergehende Zeiten für undenkbar erklärt hatten oder haben würden? Es ist auch in der That keinem Zweifel über das Gelingen einer solchen Forschung Raum zu geben; oder wäre es denn wohl nur möglich, daß die Richtung die der Geist des Alterthums in allen andern Gebieten als die ihm allein eigenthümliche befolgte, sich blos in diesem Gebiete gänzlich verleugnet hätte?

Nein, sie hat sich unstreitig auch hier nicht verborgen; vielmehr leuchten die Erzeugnisse jener Behandlung aus den Ueberbleibseln des Rechts in einer solchen Glorie, in einem aus der Natur der Gegenstände ausgehenden, so eigenthümlichen Lichte, hervor, daß durch sie eine neue Seite des wunderwürdigen Alterthums klar und über das ganze Alterthum und dessen gleichförmige und zusammenhängende Wirksamkeit dadurch erst ein gänzlich befriedigender Aufschluß vollendet wird. Das Licht, auf das hier hingewiesen wird, ist eben darum eigenthümlich und muß eigenthümlich seyn, weil die Welt, die dadurch erleuchtet wird, von der Körperwelt höchst bedeutend abweicht, sogar ganz anders entsteht, sich bildet und abändert.

Zwar formt sich die Sphäre für die Rechte in der Körperwelt und mittelst derselben; aber diese Welt muß dazu erst vorbereitet und gleichsam verarbeitet, durch sie erst eine Verbindung mit andern menschlichen We-

sen, zu welchen und gegen welche allein Rechte und Rechtsverhältnisse denkbar sind, eingeleitet und vermittelt werden. Nun ist es eben die so auffallend richtige Anerkennung und Würdigung des menschlichen Verkehrs, welche die römische Rechtsansicht so entschieden über alle andere erhebt. Die Geister, die sie enthüllten und ausbildeten, strebten eben deswegen vor andern dahin, in die Sprache auf das tiefste und unbefangenste einzudringen. Sie waren in ihrem innersten Gemüthe von der Ueberzeugung ganz durchdrungen, daß jedes Volk sich selbst seine Sprache für seine Vorstellungen und seinen Gebrauch im gegenseitigen Verkehr schaffen, daß es in ihr seine Ansichten von der Außenwelt, seine Vorstellungen über die mannigfaltigen Zwecke und Plane im Leben und über die Verbindungen mit andern, und seine in der Außenwelt hineingedachten Beziehungen auf jene Zwecke niedergelegt habe. Mit einer unübertreffbaren Genauigkeit Behutsamkeit und Sorgfalt forschen daher die römischen Rechtsgelehrten nach dem richtigen, wenn auch oft mehrdeutigen, Sinn jedes Ausdrucks und jeder Redensart; immer aber zugleich mit dem deutlichen, wahrhaft mustervollen Bewußtseyn, daß abweichende Vorstellungen, fast über alles dieses wohl möglich seyen, daß darum die in die römische Sprache gelegten durchaus nicht einzig und ausschließend allgemein gelten, daß jedes Volk seine eigenthümliche Sprache gebildet habe. Nie sind von ihnen die aus dieser Quelle abgeleiteten Behauptungen und

Lehren als allgemein gültig vorgetragen, sondern immer nur unter der auch recht wohl abänderlichen Vorausſetzung ihrer Richtigkeit ausgeſprochen. Dabey hatten ſie ſich allezeit von dem Beſtreben entfernt, durch ſelbſt geſchaffene Terminologien und techniſche Ausdrücke Rechtsſätze und Rechtslehren beſtimmen zu wollen; nur allein die Entwickelung deſſen, was ſie ſchon von ihren Mitbürgern gebildet und bezeichnet vorfanden, iſt ihr Geſchäft. Findet man demungeachtet etwa Ausdrücke oder Bezeichnungen durch die Schriftſteller und Bearbeiter gewählt; ſo wird man ihnen leicht abmerken, daß ſie nicht zum neuen Beſtimmen von Rechtswahrheiten erfunden, ſondern bloß der wiſſenſchaftlichen Verbindung und des wiſſenſchaftlichen Vortrags wegen aufgenommen worden. An dieſer allgemeinen Anſicht über die Behandlung der Sprache darf auch der Umſtand nicht irre machen, daß von ihnen zuweilen Erläuterungen veralteter in frühern Geſetzen oder Edikten ſich findender Worte und Wendungen unternommen werden mußten, weil dieſe noch die Grundlage der ſpätern Rechtsentwickelung bildeten. Auch der alte Theil der Sprache war entweder aus der gemeinen Sprache der frühern Zeit erhalten oder höchſtens von den unmittelbar handelnden, nicht rein wiſſenſchaftlich forſchenden, Geſchäftsmann in Zuſammenſtimmung mit allen übrigen Wirkſamkeiten des um ihn lebenden Volkes hervorgebracht. Vielleicht liefert kaum eine Lehre ein belegenderes Beiſpiel für den uneingenommenen Forſcher dar-

über als gerade diejenige, in welcher man sonst vor allen andern willkührliche, [man wiederholte sogar oft: spitzfindige] Bestimmungen, Grundsätze und Ableitungen fand, die Lehre von den Dienstrechten oder Servituten. Dem freien Auge, des die Quelle selbst und im Zusammenhange prüfenden Beobachters kann es schwerlich entgehen, wie das meiste darin'n sich unverkennbar blos als Entwickelungen der gewöhnlich anzunehmenden Bedeutungen darstelle, mit der sorgfältigen, nicht selten ausdrücklich angedeuteten, Voraussetzung, daß keine willkührlichen Abweichungen davon in irgend einem gegebenen Falle vorfindlich seyen. Eine zusammenhängende Ansicht des Ganzen, ohne hinzugebrachtes Vorurtheil aufgenommen, möchte dies bey dieser Doctrin außerdem besonders noch bey der in gewissem Betracht nahe damit verwandten Lehre von den Vermächtnissen, hinlänglich ins Klare setzen.

Mit diesen Sprachentwickelungen und dem dabey vorherrschenden Geiste hängt denn unmittelbar eine noch einflußreichere andere Behandlung ihrer Rechtslehren zusammen. Eben dieselbe reine Beobachtung des wahren Ganges der gegenseitigen Einwirkungen und Entwickelungen erhellte auch hier den Pfad für die Beurtheiler der Rechtsverhältnisse im römischen Alterthum. Daher erkannten sie es denn leicht als unwidersprechliches Hauptprincip des menschlichen Verkehrs und als Grundlage aller Verbindungen und Verflechtungen im

Innern eines Volks an, daß sich durch Einwirkung aller und nicht durch Vorschriften oder Urbilder einzelner, auch nicht nothwendig bey allen Völkern auf eine und dieselbe gleichförmige Weise, wie die Sprache, so auch die große Menge von Mitteln, wodurch die Menschen, die neben einander bestehen, mit, auf und gegen einander wirken, selbst erschaffe, ausbilde und vermehre. Hiebey kam noch die deutliche Belehrung aus der Geschichte ihres eigenen Civilrechts zu Hülfe, wie sich allmählich immer ein vor diesem anerkanntes Rechtsverhältniß erst nach dem andern ausgebildet hätte und so theils mehrere Verabredungen mit ihren eigenthümlichen Bestimmungen und Folgen, wie späterhin in der neuern Zeit etwa Wechsel und Assecuranzen, theils auch noch andre Begründungen besonderer Rechtsverhältnisse und Rechtsbestimmungen aufgekommen und hervorgegangen wären. Auch hier war denn der allein zuläßige Weg zur Entwickelung, daß man in den Sinn, mit welchem und in welchem diese Verhältnisse und Bestimmungen festgesetzt und begründet waren, einzudringen und daraus die ihrer Natur allein gemäße weitere Fortbildung derselben zu bewerkstelligen suchte. Hierüber gibt die ganz vorzüglich achtungswerthe Theorie fast der gesammten Obligationen mit allen Neben-Bestimmungen, über Irrthum, Betrug, Furcht, Argliſt, Versehen bey denselben u. s. w. die einleuchtendsten Beispiele.

Aber noch eine dritte Nebenrücksicht bey diesem menschlichen Verkehr konnte sich so hellsehenden Würdigern der aus demselben hervorgehenden Verhältnisse nicht verbergen, daß die Menschen ihrer Zwecke wegen auf die Körperwelt und wieder durch diese auf einander einwirken mußten, enthüllte sich ohne Schwierigkeit; aber die Nebenseite wird, wie so viele neuere Wege darthun, weit leichter verkannt, wie jene Welt alsdann nicht bloß von sich allein abhängig bleibe, wie sie durch das Hineindenken dieser Zwecke, durch das Unterordnen unter dieselbe, durch das Bestimmen nach denselben neue Ansichten, Begrenzungen, und Bestimmungen in sich gleichsam aufnehmen müsse. Darum wird von den Rechtsgelehrten in so vielen Beziehungen nicht von den Körpern allein als Körpern, sondern in ihrem Zusammenhange auf die hineingedachten Zwecke und nach den für sie dadurch bestimmten Begriffen gesprochen. Sie sagen es von Zeit zu Zeit ausdrücklich, wie diese oder jene Begrenzung und Bestimmung einer körperlichen Sache nicht durch sie und ihre Natur selbst gegeben, sondern durch Meynung und Willkühr hineingedacht sey. So wird nicht selten dasselbe Wort, freilich allezeit ganz übereinstimmend mit den vom Volk überhaupt angenommenen Bedeutungen, bald blos körperlich, bald in Beziehung auf menschliche Zwecke und menschliches Verkehr gebraucht. Um unter vielleicht hunderten ein sehr klares Beispiel zu nehmen, so bedeutet ihnen fundus einmal einen blos örtlich, wenn

auch schon nach willkührlichen Bestimmungen begrenzten, Theil eines Raums auf der Erdoberfläche, wohl auch mit einem Gebäude, aber eigentlich nicht gerade mit einem Landhause, versehen *) Allein zum Behuf anderer Entwickelungen, besonders ihrer bey richtigem Verständniß vorzüglich lehrreichen Theorie vom Nießbrauch, heben sie mit dem vortheilbringendsten Einfluß die hinzugedachte Nebenbestimmung hervor, die ein fundus,

---

*) Dig. L, 16. fr. 60. (de verborum significatione — aus Ulpian. libr. 69. ad Edictum): Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi: fundus autem integrum aliquid est, et plerumque sine villa locum accipimus. Ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. Non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio; et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus; nec non et fundus locus constitui potest: nam si eum alii adjunxerimus fundo, locus fundi efficietur — §. 2. Sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definietur.

Eod. fr 115. (aus Javolen. libr. 4. epistular.) Fundus est omne, quicquid solo tenetur. Ager est, si species fundi ad usum hominis comparatur. — Eod. fr. 211. (aus Florentin. libr. 8. Institution.) Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur — Idemque ager cum aedificio fundus dicitur.

Landgut habe, Einkünfte zu gewähren, wodurch sich alsdann auch die rechtlichen Befugnisse über denselben sogleich ändern, sobald etwa nicht Einkünfte, sondern Vergnügen oder Ergötzlichkeiten den Hauptzweck desselben ausmachen. *)

Mit diesen aus Beziehung der menschlichen Zwecke auf Gegenstände der Körperwelt hervorgehenden Bestimmungen steht eine andre Classe vermittelnder Be-

---

*) Vergl. besonders Dig. VII, 1. fr. 13. §. 4. (de usufructu — aus Ulpian. libr. 18. ad Sabinum) Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non potest: meliorem facere potest. Et aut fundi est usus fructus legatus, et non debet, neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, neque quiquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptate fuit praedium viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat. §. 5. Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel harenifodinas ipse instituere possit? — — Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec dejicere poterit: siquidem ei permittitur meliorare proprietatem — — § 7. Sed si aedium ususfructus legatus sit etc. — — — §. 8. Item si domus ususfructus legatus sit etc.

griffe in der innigsten Verbindung. Es konnte nemlich wieder keinem nach allen Seiten offnen Forscherblicke entgehen, daß allgemein gefaßte Zwecke nach den verschiedenen durch ihre Natur oder durch menschliche Bestimmungen unter einander abweichenden Gegenständen sich abwandeln und anders formen und dadurch derselbe Zweck andre Gestalten annehme. Auch hierüber ist die Theorie des Nießbrauchs von der reichhaltigsten Belehrung. Nicht der körperliche Gegenstand entscheidet allgemein, was zu dessen Gebrauch und Fruchtgenuß gehöre, wie wohl die meisten Neuern vorauszusetzen pflegen; sondern es frägt sich immer im einzelnen was bey dieser Sache der vorige Besitzer als Gebrauch und Fruchtgenuß angesehen, oder was bey einer solchen Sache nach einer gewöhnlich anzuerkennenden Billigkeit (boni viri arbitratu) dafür anzusehen sey; und wie darum auch scheinbar abweichende Grundsätze beym Nießbrauch eines Landguts (fundus) überhaupt, eines zum Vergnügen bestimmten Grundstücks (si forte voluptate fuit praedium,) eines Gebäudes (aedes,) eines Wohnsitzes (domus) eines leeren Platzes (area) u. s. w. statt haben.*) So bereitet besondere Ansicht und Willkühr des einzelnen Privatmanns, oder allgemeiner Meynung mehrerer die Entscheidung aller hier vorkommenden Fragen vor; und dies setzt denn auch die wichtige Bemerkung ins Licht, daß Substanz einer Sache nicht eigent-

---

*) Vergleiche die vorige Note.

lich das körperliche an derselben, sondern ihr für den Verkehr durch einzelne oder zusammenstimmende Willführ in der Vorstellung bestimmtes Wesen anzeige. Wofern nicht alles trügt; so entfernt diese Ansicht fast alle bey dieser Lehre sonst vermeyntlich obwaltenden Schwierigkeiten. *)

Endlich muß noch ein merkwürdig umsichtiges Verfahren der römischen Rechtslehrer eine besondere Aufmerksamkeit auf sich ziehen. Sie erklären zuweilen etwas für angenommen, aber mit ausdrücklicher Hinweisung auf den veranlassenden Grund. Hievon möchte wohl eins der belehrendsten Beispiele die blos mit Stützung auf die Auctorität des Hippokrates ausgesprochene Annahme oder Vermuthung hergeben, daß ein im siebenten Monat oder nicht vor dem 182sten Tage der Schwangerschaft gebornes Kind als zur Lebensfähigkeit ausgetragen angesegen werden kann **). Deutlicher

---

*) Die weitere Entwickelung derselben an einem andern Ort.

**) Dig. I, 5. fr. 12. (de statu hominum — aus Paul. libr. 19. responsor.) Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. — Dig. XXXVIII, 16. fr. 3. §. 12. (de suis et legitimis heredib. — aus Ulpian. libr. 14 ad Sabin.) De eo qui centesimo octogesimo secundo die natus est,

licher ist fast die bloß bedingte Annahme solcher und ähnlicher Rechtssätze nicht auszudrücken; und es scheint darum wohl nur dann diesen Vorschriften, falls man sie auch als vollkommen gesetzlich annimmt, gemäß gehandelt zu werden, wenn man sie nur so lange als gültig anerkennt, bis etwa das Gegentheil einer solchen zum Grunde gelegten Beobachtung nicht durch weiteres von der Rechtsgelahrtheit ganz unabhängiges Forschen in andern Kenntnissen dargethan wird.

So erscheint denn durchaus, wenn wir nun auf alle eben aufgezählten Behandlungen der Rechtsinstitute und Rechtslehren zurückschauen, die besonnene Ehrfurcht der alten Bearbeiter des Rechts vor allem, das ihr Volk nicht gerade nach willkührlichen Festsetzungen einzelner, nicht nach feyerlichen Beschlüssen der Volksgemeinde oder andrer Versammlungen befolgte, sondern das vorzüglich aus dem Geiste und Gemüthe aller hervorgegangen, um dieselbe Zeit gleichförmig oder doch nach bloßer Belehrung einzelner mit Ueberzeugung anerkannt, oder auch allmählich von einem zum andern verbreitet und willig angenommen, eben darum aber

---

Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum: nec videri inservitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.

zugleich fast immer ein nicht blos örtliches, sondern leicht für manchen andern Boden passendes und darinn gedeihendes, Erzeugniß war.

Dieses Verfahren, das meiste nur unter der Voraussetzung, daß gewisse Umstände in der That vorhanden seyen und von ihnen richtig erkannt würden, zu behaupten und auszusprechen, leuchtet so deutlich aus einer Menge ihrer Redensarten hervor. Wenn auch z. B. das von Cicero so häufig gebrauchte esse videtur bey ihm ein bestimmtes Bejahen und Behaupten enthalten mag, das er nur blos nach seinen akademisch-scoptischen Grundsätzen mäßigte; so wäre es doch ein gänzliches Aufheben von nothwendigen Sprachbestandtheilen, wenn man die darinn zunächst ausgedrückte Bedeutung des Scheinens als völlig verloren ansehen wollte. Es gibt deswegen keine Ursache, dem in den Pandektenstellen fast unzählbar vorkommenden und von Justinians Sammlern sorgfältig beibehaltenen Zeitwort videri seine Grundbedeutung abzustreiten; und unter dieser beurkundet sich von neuem der schon enthüllte Geist der Behandlung in gar nicht mißzuverstehenden Erklärungen.

Die so beurtheilten und behandelten Gegenstände machen denn aber auch den reichhaltigsten, wenn nicht gar einzig eigenthümlichen, Stoff eines Civilrechts aus. Diesen schafft kein Staat und keine gesetzgebende Ge-

walt, so viel man auch in neuern Zeiten mit diesen bloßen Begriffen — zu einem Nachtheil, der sich hart genug gerächt hat, — spielte. Sie schaffen ihn nicht; sondern sie finden ihn schon vor. Was sie dazu thun und in einigen Lehren thun müssen, besteht nicht in den Gegenständen und Wirksamkeiten selbst, sondern bloß in nöthigen, zum Theil nur eingebildet nöthigen, Grenzbestimmungen und Schranken. Allein unter diesem Gesichtspunkte rechtfertigt denn erst die Hoheit des römischen Rechts ihren Platz und ihre Ansprüche. Ginge das Civilrecht nicht aus dem Innern des Menschen heraus, wäre es blos von der Willkühr der Gesetzgeber abhängig; so wäre ein Muster für die Rechtsgelehrsamkeit durchaus nicht anzunehmen.

Eine Bedenklichkeit gegen die vorher versuchten Berichtigungen könnte sich indessen noch regen. Es möchte für einige Leser als unvereinbar auffallen, daß die Bildung willkührlicher Begriffe und die Folgerungen aus solchen, als der Behandlung der römischen Rechtsgelehrten fremd ausgeschlossen und dennoch wieder ihre Aufnahme andrer durch die Willkühr geschaffner Begriffe für die Grundlage der Rechtslehren gepriesen würde. Aber die gänzliche Verschiedenheit beider Arten des Verfahrens ist von jedem genauern Beobachter schwerlich zu verkennen. In keinem Fall können die Rechtsgelehrten als berechtigt erscheinen, unabhängige

Begriffe zu schaffen. Sie könnten, wie jeder andere, für eigne Verhältnisse, sobald nicht andere gültige Hindernisse im Wege stehen, festsetzen, was sie wollen; nur handeln sie dann als bloße Privatleute, nicht als Rechtsgelehrte. In dieser letzten Eigenschaft sind sie Gelehrte, Lehrer und Schriftsteller; aber nie Gesetzgeber. Allerdings erfüllen sie ihre Bestimmung, wenn sie dann die anders woher empfangenen Grundlagen rein auffassen, genau entwickeln und richtige Folgerungen daraus ableiten; aber nie dürfen sie bey allem diesem Verfahren es aus ihrem Bewußtseyn schwinden lassen, was den römischen Rechtsgelehrten auch nicht widerfuhr, daß in Bestimmung, Entwickelung und Ableitung, in allem, was man Analysis nennt, ihr ganzes Verfahren rein wissenschaftlich sey; daß dadurch allein in dieser Sphäre keine neue Wahrheit entstehe und für sich begründet werde; daß durch dasselbe nur zweckmäßige Mittel zur Mittheilung und Verbreitung der Kenntnisse an andre, zum leichtern Zusammenfassen verschiedener, aber verbundener, Lehren, zur eindringendern Ueberzeugung erzeugt werden. Jede Grundlage des Ganzen empfangen sie als gegeben von andern, und wieder zum kleinsten Theil von eigentlich sogenannten Gesetzgebern; zum größten von den sie umgebenden Menschen. Nun liegt es allerdings in der Natur des unter diesen entstandenen Zusammenlebens und Verkehrs, daß dazu willkührliche Vorstellungen, Begriffe und Annahmen, die fast immer auch recht wohl anders ge-

formt seyn könnten, entstehen und gebildet werden; begreiflicherweise nicht stets und sogleich durch genau bestimmte Worte und Ausdrücke, sondern oft wohl nur in zwar festen, aber nicht ausgesprochnen, Vorstellungen; und so entsteht denn allerdings aus der Willkühr der von den Rechtsgelehrten zu verarbeitende Stoff, aber keinesweges aus der Rechtsgelehrten Willkühr. Diese sammeln ihn nur auf, stellen und fassen ihn zusammen, und sprechen ihn verständlich aus. In dieser Beziehung erzeugen sich dann freilich auch wohl Definitionen; nur wieder nicht gerade solche, die die Rechtsgelehrten für bindend erkennen oder erkennen müßten. Die Wahrheit derselben ist allezeit bedingt durch den vorgefundenen Stoff; darum sind sie durchaus nicht stehend und bindend, sondern müssen, wenn das eigentliche Geschäft der Rechtsgelehrten nicht verkannt werden soll, bey jeder sich zeigenden Nothwendigkeit der Verbesserung, Begrenzung oder Erweiterung zugänglich bleiben, und so kann denn freilich nur eigentliche Willkühr nie zugelassen oder zugestanden werden.

Dagegen möchte doch die Beschuldigung wohl zu hart seyn, wodurch die Synthesis als dem römischen Recht fremd bezeichnet wird. Die von dem Gesetzgeber vorzunehmende ist allerdings in dem römischen Gesetzbuch, auch wie wir es nun einmal haben, unstreitig seltener als man sie fast in allen neuern Gesetzgebungen ver-

suchte; aber eben dieses Zugeständniß enthält zugleich das höchste Lob des römischen Rechts, weil zu viel und zu tiefe Einmischung des Gesetzgebers das Civilrecht fast aufhebt und vernichtet. Im Gegentheil aber sind unverkennbare Synthesen vorherrschend genug im ganzen römischen Recht, man mag ihre Vollbringung schon in Geist und Gemüth der handelnden Menschen legen, aus dem sie die Rechtsgelehrten blos vollendet schöpften, oder man mag dort nur den Stoff vereinzelt voraussetzen und man wird das eigentliche Zusammenfassen als die Arbeit der Rechtsgelehrten anerkennen müssen.

Nach dieser ächt-römischen Ansicht bewährt sich denn aber von neuem die Richtigkeit der von Thiloint *) aufgestellten Erklärung der römischen Definition der Rechtsgelahrtheit, daß sie (dem grundlegenden Gegenstande nach) die Kenntniß der göttlichen und menschlichen Angelegenheiten, (der weitern Ausführung nach) die Wissenschaft des Rechts und Unrechts in Ansehung derselben sey **).

---

*) Diss. de genuina juris personar. et rerum indole pag. 102.

**) Rerum divinarum et humanarum justitia; justi adque injusti scientia.

III.

Welche Folgen haben diese Eigenthümlichkeiten für die heutige Bearbeitung der Rechtswissenschaft?

Mit jeder veränderten Ansicht und Würdigung des römischen Rechts muß sich als nothwendige Folge auch die Behandlung seiner Lehren für die heutige Anwendung, wo nicht überhaupt die Behandlung der ganzen Rechtswissenschaft, der jenes zur Grundlage dient, abändern. Aber wie? ist denn wirklich eine solche Umwandlung zu erwarten oder nur als zuläßig zu denken? Die alten Stimmen für die Gültigkeit der Praxis verhallen zwar nach den bisherigen kräftigen Angriffen im allgemeinen und in so mannichfaltigen einzelnen Punkten nach und nach sehr; aber dafür wird in neuern Zeiten von einer neben der Gesetzgebung und unabhängig von derselben bestehenden Doctrin oder Jurisprudenz gesprochen, welche — darüber ist man freilich nicht so recht einig — sich gebildet habe oder noch erst bilden solle. Diese Aeußerungen lassen zwar ungezweifelt einen ganz richtigen und zu rechtfertigenden Sinn zu, der fast völlig schon aus den bisherigen Betrachtungen hervor-

geht; aber in den letzten Jahren, die auch für die Rechtswissenschaft nicht als erfreulich angesehen werden konnten, lag wohl jenen Ausdrücken eine andere Bedeutung und Meynung zum Grunde. Während das französische Civilgesetzbuch, das mit dem Namen Napoleon an der Stirne seine Unterjochungen für sich vollbringen und dadurch die politischen Gewaltthaten unterstützen sollte, auch das herabgewürdigte Deutschland näher oder entfernter bedrohete oder schon unterjocht hatte; erschollen nicht seltne Bewunderungen der französischen Jurisprudenz, die eben der in allen wichtigen Lehren des Civilrechts höchst mangelhaften, nur bey Ermangelung eines bessern, für Frankreich vorläufig vielleicht wohlthätigen, Revolutionsgeburt zu Hülfe kommen sollte. Hierunter war denn doch unwidersprechlich bloß eine Sammlung von Rechtssätzen — wer könnte sie System nennen? — zu verstehen, welche sich keinesweges aus dem Innern der Verhältnisse, sondern — oft so sehr zufällig — aus richterlichen Entscheidungen gebildet hatten. Wie konnte ein nur etwas geläuterter Rechtskenner dieser, wenigstens um nichts vorzüglichern, fremden Praxis Gnade angedeihen lassen, die man schon früher der eignen versagte, wenn nicht etwa, was denkbar ist, darinn doch ein heilsamer Ausweg gegen immer eingreifende Gewaltschritte gesehen und nöthig geachtet ward. Nur war dann offenbar die Sache nicht ihrer selbst wegen in Schutz genommen. Soll die Praxis als solche allein entscheiden und gelten; so müßten es

ihre Rechtssprüche auch dann, wenn sie der Natur des Geschäfts gänzlich entgegen liefen. Man erwäge aber nur, wenn man die Natur dieser Verhältnisse gehörig kennt, die bisherigen Entscheidungen über Wechsel=, Geld = und Handelsrecht und selbst die aus solchen größtentheils hergeflossenen Verordnungen darüber; und man wird unumwunden gestehen müssen, daß dadurch in sehr vielen Bestimmungen das widersinnigste und alles Verkehr lähmende herrschend und gesetzlich werden mußte. Es ist eine überdachte Behauptung, wenn kaum dem zehnten Theil der über diese Verhältnisse erkennenden Richter oder schreibenden Gelehrten wirkliche Bekanntschaft mit den Gegenständen zugestanden wird.

Frey von allen Fesseln der Praxis, wie sie sich auch umtaufen mag, gehe die Ausbildung der Wissenschaft ihren eignen Weg; aber nie vergesse sie ihre Beziehung auf das Leben und zwar auf das jetzige, sich um sie her regende und bewegende, Leben. Nebenrücksichten auf frühere Entscheidungen, auch zur Unterstützung der dadurch schon anerkannten Lehren, mögen für sich gestattet bleiben; aber durch sie allein ist nichts zu entscheiden, durch sie allein kein gordischer Knoten zu zerhauen; durch sie allein nichts auszuschließen oder zu hemmen.

Bey dieser Ausbildung der Doctrin zeichnet sich nun für alle aus dem römischen Recht abzuleitende Leh=

ren ein doppelter Weg vor; jeder von beiden für eine von dem besondern schon oben geschiedenen Classen der Rechtsgelehrten. Sind einmal wirklich feste Vorschriften des Gesetzgebers vorhanden und also diese auch deutlich in Worten ausgesprochen, wie beym Verbot der weiblichen Interceſſionen, der Darlehen an Hauskinder, der zu hohen Zinsen bey der Ordnung des gesetzlichen Erbrechts u. a. m.; so hat der Rechtsgelehrte kein anderes als ein blos logisches Geschäft, die Ableitung weiterer Folgen aus der einmal bestehenden Regel, und dann noch das Geschäft, über dem die Urtheilskraft waltet; die Prüfung des darunter zu ordnenden Gegenstandes, die Vergleichung desselben mit dem Gesetz und des Gesetzes Anwendung darauf. Hier ist, wenn es nicht etwa nebenher auf zu erläuternde Grundbegriffe ankommt, die doch schon immer aus andern Lehren klar und vorhanden seyn mußten, keiner weitern Wahrnehmung, Zusammenfassung, Entwickelung und Bildung Raum zu geben; aber eben darum auch bey allem jenem logischen Verfahren keine Definition zusammenzusetzen und zu schmieden, und noch weniger solcher ein alles bestimmender Einfluß zuzugestehen. Bey diesen Rechtslehren ist die Gültigkeit immer unveränderlich entschieden, sobald die Möglichkeit der Anwendung für sie vorhanden ist.

Ganz anders muß das Verfahren der Bearbeiter bey den meisten und eigentlichsten Lehren des Civil=

rechts sich vorzeichnen. Mit einem sorgfältigen Auffassen dessen, was die Menschen, unter denen diese Rechtsinstitute sich bildeten, in den menschlichen Verkehr deshalb hineingelegt hatten, fingen die römischen Rechtsverständigen ihre besonnene Arbeit an, und sprachen dies, so weit sie es nöthig glaubten, in Worten, auch wohl in eigentlichen Definitionen, aus. Nicht ihren Werken sclavisch sich zu unterwerfen, wohl aber ihrem Gange beurtheilend nachzugehen und nach eigner Ueberzeugung ihre Definitionen beizubehalten oder zu berichtigen, ist die erste Aufgabe für die jetzigen Bearbeiter. Diese Definitionen können ohnehin keine verbindende Kraft haben. Soviel gab man denn wohl schon seit längerer Zeit zu; aber den davon abgeleiteten Rechtssätzen fügte man bey, sey sie doch nicht nicht zu verweigern. Allerdings mehrern derselben aus der innern Natur der Verhältnisse und des hier sich äußernden Verkehrs hergeleiteten nicht, die denn oft, wenn auch nicht immer, mit der aufgestellten Definition völlig vereinbar sind. Ob alles in der Pandektensammlung eben dasselbe gesetzgebrische Gewicht habe; möchte sich nach den allein zuläßigen Auslegungsregeln noch bezweifeln lassen, ist aber hier leicht bis zu weiteren vollständigen Erörterungen auszusetzen. Denn es bleibt immer in jedem Fall die genaue Entwickelung der Rechtssätze aus ihrer im Verkehr sich hervorthuenden Grundlage, und die genaue Beachtung jeder Bestimmung in solchen Lehren, nach ihrer fester oder bedingter ausgesprochenen Gül-

tigkeit und nach der Abhängigkeit, in der sie gegen die Grundlage gestellt wird oder ohnedies erscheint, um so mehr das Hauptstudium in solchen Lehren, weil bey der Anwendung unmöglich zufällige Aehnlichkeiten leiten können, sondern die genauere Vergleichung der jetzigen Verhältnisse mit den ältern allein zu festen Schlußfolgen führen kann. Darum sind für den ausübenden Rechtsgelehrten, von welcher Art er auch sey, niemals auswendig gelernte Reihen von Regeln zureichend; sondern blos fest in sich selbst und besonders mit der aus dem menschlichen Verkehr aufgefaßten Grundlage verbundene Theorien klären ihn vollkommen auf und machen für sein Urtheil in der Anwendung reine Bahn zu dem allein begehrenswerthen Ziel. So würde man sich oft — um nur ein leicht zu übersehendes Beispiel anzuführen — in vielen Fällen täuschen, wenn man alle Vorkommenheiten, wo etwas zum Aufbewahren gegeben wäre, nach der Theorie des aus der ältesten römischen Zeit in die spätere herübergebrachten Depositi entscheiden wollte, da vielmehr der dabey deutlich vorkommende Auftrag sie unter das Mandat zu ordnen fordert.

Nur allein bey dieser Behandlung erscheint denn auch die oft, wenn gleich nicht selten schwankend und unbestimmt, gepriesene Beschützung der menschlichen Freiheit durch das römische Recht und der Zusammenstimmung seiner Lehren mit den geläutertsten staatswirth-

schaftlichen Grundsätzen in ihrem schönsten und am weitesten umher glänzenden Lichte. Durch und durch wird dasselbe von dem leitenden Hauptprinzip beherrscht, die vornehmsten Bestimmungen des Civilrechts gehen aus dem menschlichen Verkehr allein heraus und werden noch fortwährend durch freye Wirksamkeit, nur nicht gerade durch wörtliche Uebereinkunft und Verabredung bestimmt; vor dieser freyen Wirksamkeit müsse sich der Rechtsverwalter beugen und von ihr allein Regel und Lehre annehmen. Welche Einstimmung kann treffender seyn als die, welche dieses Princip mit den die möglichste Freiheit des menschlichen Wirkens und Verkehrs mit Recht predigenden Vorschriften der Staatswirthschaft und der das menschliche Beste ehrenden und befördernden Staatskunst hervorleuchten läßt? Und so sey dann um so unbedingtere Verehrung und Befolgung desselben die Losung jedes einsichtsvollen Rechtskenners.

IV.

Welche Einwirkung auf Studium und Lehrvortrag des Rechts?

Jede genauere Entwickelung der Methode für die Behandlung der Rechtswissenschaft zum heutigen Gebrauch muß unausweichlich auch ihren Einfluß auf die Methode des Lehrvortrags äußern. Nun ist es freilich dabey zugleich entschieden nothwendig, daß ein Lehrvortrag des römischen Rechts gänzlich abweichend ausfallen muß; in dem Fall, da schon andere allgemeine neue Gesetzgebungen festgesetzt sind und gelten, und in dem andern, da jenes Recht selbst noch als das gemeine die gesetzliche Grundlage aller übrigen Rechtstheile bildet. Der letzte Fall ist noch stets der in dem größten Theil der deutschen Länder verwaltende; auf ihn haben die meisten Lehrvorträge ihr Absehen zu richten, und er gehe denn auch in der Betrachtung voraus.

Es muß für diesen ungezweifelt zugestanden werden, daß unter dessen Voraussetzung das römische Recht nicht als bloßes Muster für die Einsicht, Prüfung und Nachahmung zergliedert werden könne. Seine Ausspräche

sollen als geltend anerkannt und darum auch so vorgetragen und eingeschärft werden; indessen doch immer nur nach der Ansicht und Gültigkeit, wie sie im Gesetzbuch selbst aufgestellt sich vorfinden. Demzufolge ist denn ohne allen Zweifel alles fest vorgeschriebene als gesetzlich vorzutragen und blos bis zum richtigen Verständniß und im Zusammenhang mit dem ganzen Innbegriff der übrigen Rechtssätze zu erläutern; mögen diese bestimmten Vorschriften sich in den kaiserlichen Verordnungen und den Bruchstücken daraus, oder aber auch in den durch die Pandekten erhaltenen Fragmente der ältern Rechtsgelehrten vorfinden. Denn allerdings hat Justinian erklärt, daß auch diese als von ihm ausgegangen angesehen und als kaiserliche Bestimmungen beobachtet werden sollen. Nur freilich indem er vorschreibt, daß die in den Pandekten aufbehaltenen Worte nicht mehr als von diesem oder jenem Rechtsgelehrten ausgegangen zu beurtheilen und etwa nach dessen grö-ßerm oder geringerm Ansehen zu würdigen, sondern immer als von ihm selbst herrührend zu achten seyn sollen, hat er doch die Bedeutung der einzelnen Stellen, welche sie nach Sprachgesetzen, nach Stellung und Zusammenhang haben konnten, weder aufgehoben noch aufheben wollen; und so kann denn auch kein Lehrer, ohne an den Quellen eine Untreue zu begehen, die Sache anders vortragen als sie wirklich ausgedrückt ist; das bestimmt vorgeschriebene folglich als unabänderlich gesetzlich, das aus Voraussetzungen abgeleitete aber nur

als bedingt, wenn gleich unter den deutlichen Voraussetzungen immer gültig. Hieraus aber möchte sich wohl zugleich die Folge ergeben, daß der Vortrag von Rechtslehren, wie sie für die heutige Anwendung brauchbar seyn sollen, nicht unmittelbar mit dem reingeschichtlichen derselben zu verknüpfen sey. Schon die leicht dadurch in den Köpfen der Lehrlinge sich erzeugende Ungewißheit über das, was veraltet oder was noch anwendbar, dürfte einen nicht unwichtigen Gegengrund abgeben. Auf diesen rein methodischen Grund mag indessen hier weniger geachtet werden; ein andrer tiefer in der Sache liegender aber ist vielleicht einleuchtender.

Zur heutigen Anwendung kann ohne Zweifel unmittelbar nichts kommen, was nicht in der Justinianeischen Sammlung als damals geltend und anwendbar erscheint; gleichwohl auch von diesem wieder alles das nicht, was aus andern Ursachen, wäre es auch des weggefallenen oder gänzlich veränderten Gegenstandes wegen, seine Anwendbarkeit verloren haben muß. Was über das eine oder das andere historisch beygebracht wurde, kann nie zur Anwendung, sondern zur Erklärung und Aufhellung dienen; gerade darum aber niemals die Hauptrichtung des Vortrags, welche bloß durch Ziel und Absicht bestimmt werden kann leiten. Hierdurch ist freilich die Frage, ob die erste Einleitung zum Studium nicht thetisch und historisch zugleich seyn

könne und solle, unstreitig nicht abgethan *); und noch viel weniger darf die obige Erinnerung auch nur im geringsten als eine Herabsetzung der Bemühungen jener hochverdienten Männer, die man wohl als die Führer der historisch = juristischen Schule aufführt, wie aller andern, die sich sonst um geschichtliche Rechtsgelahrtheit Verdienste erwarben, beurtheilt werden. Man muß von jener Periode her, da einer dieser Gelehrten seine Forschungen bekannt zu machen anfing, dem Gange der Bearbeitungen der Jurisprudenz haben folgen können, um sich recht lebhaft der allmähligen schrittweise fortgehenden, aber alles durchdringenden, Umwandlung dieser Wissenschaft bewußt zu seyn, und es sey unverholen eingestanden, daß selbst die hier versuchte Ansicht ohne jene tiefere, liberalere, durch jene Bemühungen herbeigeführte, Enthüllung des ältern Rechts sich kaum erhoben haben könnte. Allein jene ältern Meister haben auch so wenig der blos historischen Behandlung das Wort geredet, daß sie vielmehr selbst eine thetische und dogmatische abgesondert in Büchern und Lehrvorträgen aufstellen, und unter allen sonstigen Verknüpfungen ist eine wirklich historische Entwickelung,

---

*) Wenn ich gleich gern und frey gestehe, aus mehrern, zum Theil noch nicht vorgebrachten, Gründen mich auch von der Zweckmäßigkeit dieser Methode nicht überzeugen zu können.

die in die heutige Gestalt ausläuft, unbestritten als Einleitung und Vorbereitung zum Verständniß der noch anwendbaren Lehren schlechthin unerlaßlich. Nur eine rein historische Schule, wo in allen Vorträgen das historische das vorherrschende und ausschließend leitende seyn soll, wie ganz neue Winke anzudeuten scheinen, muß in dem heutigen römischen oder gemeinen Recht, zum Theil aus den oben entwickelten Gründen, eben so verderblich, wo nicht noch verderblicher, seyn als sie im deutschen Privatrecht, wo man ihr sonst häufig allein opferte, jede richtige und brauchbare Behandlung vernichtete*).

Denkt man sich aber nun hingegen in der Hauptsache den andern Fall, wenn neue Gesetzgebungen der Allgemeingültigkeit des römischen Rechts als gesetzliche Grundlage ein Ende gebracht hätten; so ist freilich alsdann kein Vortrag römischer Rechtslehren als unmittelbar anzuwendender denkbar. Aber ganz unstreitig sinkt nicht blos das Studium von aller seiner Würde und allem wissenschaftlichen Interesse zur geistlosen Formel- und Gedächtnißkrämerey herab, wenn man, wie freilich

---

*) Vergl. unter andern meine Beyträge Stück I. Abhandl. 3. und meine Einleitung in die Wissenschaft des deutschen Privatrechts, deren Grundsätze den Beifall mehrerer verdienstvoller Gelehrten, zum Theil auf merkwürdige Weise erhalten haben.

unsre Tage nicht selten Beispiele davon zeigen, nichts weiter als den Inhalt der neuen, ohnehin oft so wenig erschöpfenden und zusammenstimmenden, Gesetze mit den nächsten Folgerungen vorträgt und dabey wohl mit scheuer Behutsamkeit alles nicht ausdrücklich darinn berührte übergeht, so daß diese Lücken dem aus der Schule in die Geschäftswelt übertretenden Lehrlinge sich gar bald recht empfindlich fühlbar machen. Wenn aber auch diese Fehler des Vortrags der Partikulargesetze hier ohne tiefere Rüge bleiben mögen, so ist doch immer eine für diesen Fall passende mündliche Entwickelung des römischen Rechts von der dem vorigen angemessenen von Grund aus abweichend. Dann kann es nur, wie alles Antike, blos als Muster und Vorbild zur Bildung des Geistes und zur Nachahmung aufgestellt und behandelt bleiben. Nicht zu bezweifeln ist dabey die Nothwendigkeit einer Abänderung nicht allein in der Art, sondern auch in dem Stoff der Behandlung. Nunmehr ist keine Beschränkung auf das zuletzt geltende Justinianeische Recht nothwendig im Auge zu behalten; vielmehr kann, wenn es sich sonst nur dazu eignet, das Recht jeder Periode für sich betrachtet und gewürdigt, und wohl vorzüglich das Recht aus der schönsten Blüthezeit desselben vor allem andern hervorgehoben werden; und so würde der historischen Behandlung für diese Absicht wohl noch mehr Feld einzuräumen seyn. Gleichwohl wäre es auch bey der hier zweckmäßigen Richtung nicht zu übersehen, daß demungeachtet diese historische Behandlung

nicht für den letzten Zweck zu achten sey. Es darf durchaus nie vergessen werden, daß das eigentliche Hauptziel bey Vorträgen in diesem wissenschaftlichen Felde sich nicht mit dem bloßen Wissen, nicht mit bloßer Verbreitung gelehrter Kenntnisse, schließen könne und solle, sondern daß es sich um die Bildung wirkender und ausübender Geschäftsmänner handelt. Allerdings müssen diese richtige und klare Einsichten in alles, womit sie sich zu beschäftigen haben, erhalten, nichts unrichtig, falsch oder schief ansehen oder verstehen; aber ein solches geläutertes Wissen soll und kann bey ihnen immer nicht todte Kenntniß bleiben. Wenn sie jede Lehre in ihrem allein zuläßigen Sinn rein und richtig begriffen haben; so ist dann ein Ueberdenken des Ganzen im Zusammenhange, ein Prüfen und Vergleichen unter sich und mit den damit in Verflechtung stehenden Umständen in der Vorwelt, ein Zusammenhalten mit der jetzigen Lage der Dinge und den neuen Verhältnissen, der einzige Weg, auf welchem das Erheben des alten Rechts zum Muster und dessen Nachahmen sich herbeiführen lassen. Ohne diese letzte Wendung des Vortrags mögen sich wohl gelehrte Wisser, aber nie leicht und kräftig im Handeln sich bewegende, Geschäftsmänner bilden. Die Erzeugung von diesen wird für alle Zeiten die heilbringende Hauptwirkung des fortgesetzten Studiums des römischen Rechts seyn und bleiben; und so wird sich dieß Studium bey allen Rechtsveränderungen, wie jedes Studium des klassischen Alterthums, empfehlen, so we-

nig auch dadurch der aus dem alten Recht herzuholenden, meistens sehr nöthigen, Erläuterung der neuen Rechte ihre Wichtigkeit abgesprochen werden soll.

Es liegt nun aber auch zugleich in der besondern Natur des Justinianeischen Rechtsbuchs noch ein ganz eigener Grund, weshalb kein anderes Gesetzbuch, so natürlich auch fast seine Bestimmungen und Folgen aus dem Rechtsgeschäft und ihren Gegenständen hervorgehen mögen, zu einer solchen als Muster und Vorbild hervorstrahlenden Behandlung in dem Grade, wie Justinians Hauptsammlung, tauglich seyn kann. Diese Hauptsammlung der Pandekten sollte an die Stelle der bisher in den Gerichten zum Behufe der Entscheidungen gebrauchten vielen Schriften älterer Rechtsgelehrten treten, und ward darum nicht blos aus ihren Schriften zusammengesetzt, sondern selbst als eine solche, nur alles bisher zerstreut vorhandene umfassende, juristische Schrift, nicht als ein reines Gesetzbuch, abgefaßt; eine bisher vielleicht nicht genug beachtete, und doch wohl zur richtigen Auslegung unentbehrliche Ansicht derselben. Darum wird denn in so häufigen Stellen der Pandekten keinesweges der zu lehrende Satz rein für sich hingestellt, sondern vor den Augen des Lesers selbst, aus genau dafür vorgetragenen Gründen, mit Aufzählung und Widerlegung andrer Meynungen, oft mit bloßem Nachtragen solcher nach geschehener Entscheidung, gleichsam erzeugt und entwickelt; so daß diese Gesetze, insofern dieser Ausdruck von gedachter Sammlung überhaupt zu gebrauchen ist, selbst schon wieder das vollständige Musterbild des Vortrags über die klassischen Vorbilder der juristischen Behandlung, besonders in Verbindung mit allen oben schon genannten Eigenschaften des gesammten Rechts, hergeben könnten. Vermittelst dieser, durch kein anderes Gesetzbuch auf gleiche

Weise zu ersetzenden, Eigenthümlichkeit eignet sich nun das römische Recht ausschließend zur Bildung wahrhaft brauchbarer Rechtsgelehrten.

Aber dieser wohlthätige Einfluß dieses so vielseitig ausgebildeten Musterrechts ist gar nicht etwa auf jene Zeiten und Verhältnisse einer sehr vollendeten Gesetzreform zu beschränken. Auch während der Zeit der Gemeingültigkeit des römischen Rechts, auch in einem Vortrage desselben als eines gemeinen Rechts, ist der größere Theil davon, wenn er auch als unmittelbar geltend angezeigt wird, doch zugleich in seiner Eigenschaft als Muster der Behandlung und Entwickelung von Rechtslehren zum praktischen Gebrauch aufzustellen und zu entfalten. Es kann nach der früher ins Licht gestellten Unterscheidung zweyer Arten von Rechtslehren immer nur ein doppelter Weg der Behandlung, nemlich für jede ein besonders gewendeter, vorgezeichnet werden. Für das unmittelbar und direkt vorgeschriebene, das seiner Natur nach in den wenigsten Fällen eine reine Folge aus dem Wesen des Geschäfts seyn kann, läßt sich vielleicht meistens mancher politische empfehlende Grund angeben, der jedoch bey weitem nicht immer auf die daraus herzuleitende Lehre Einfluß haben wird; sondern die Hauptbehandlung kann hiebey nicht anders als, wie es von vielen für jede Rechtsbehandlung angenommen war, nach rein logischen Regeln verfahren, ableiten, was aus dem gebotenen Hauptsatz folgt, und die Richtigkeit und Schlußkraft dieser Folgerungen prüfen. Bey der andern weit reichhaltigern Klasse von Rechtslehren aber können selbst Art und Gültigkeit gar nicht anders einleuchten und bestimmt erscheinen, als wenn man nach sorgsamem Zusammenfassen und Entfalten des Wesens der Geschäfte die für sie vorhandenen Lehren nach hrer Begründung

in jenem Wesen und nach ihrer folgerechten Verbindung damit darstellt, immer aber mit unabläßigem durch das einzelne aufgeklärtem Hinweisen auf ihre Unterordnung unter jene Bedingungen ihrer Gültigkeit und mit Vergleichen gegen den heutigen Zustand, die neuern Sprachen, die eigenthümlichen Volkssitten und Verhältnisse, ihre mehr oder weniger eingeschränkte Gültigkeit dabey; und so kann denn allerdings auch der wohlverstandene Vortrag des gemeinen Rechts, dem bey weitem größten Theil seines Umfangs nach, schon jetzt als das vorzüglichste durch nichts zu ersetzende Muster der allein zweckmäßigsten Beurtheilung und Anwendung der Civilrechtslehren sich erproben und bewähren.

V.

Welche Regeln gehen daraus für die neuen Gesetzgebungen hervor?

Durch alles dieses könnte man denn fast versucht werden, zu glauben, das Bedürfniß einer neuen allgemeinen Gesetzgebung sey bey weitem so dringend nicht gewesen und sey es auch wohl noch nicht, als es so viele Schriftsteller früher und so manche unruhige Verbesserer später glauben machen wollten, und es sey auch immerhin eingestanden, wie auch ganz neuerlich von einer sehr vollgültigen Stimme *) bemerkt worden, daß sich eine große Menge der etwa vorhandenen Uebel unserer jetzt bestehenden Rechte ohne allgemeine Gesetzge-

---

*) Rehberg über den Code-Napoleon. Hannover 1814.

bungen sehr gut heben ließen. Dennoch — um jetzt gar nicht auf andere dem römischen Recht fremde Lehren zu sehen — mag es immer in Beziehung auf die diesem eigenthümlichen eingeräumt werden, daß eine durchgehende neue Gesetzgebung auch in Ansehung derselben wohlthätige Folgen hervorbringen könne, wenn sie ohne alle Uebereilung, mit der ruhigsten und unbefangensten Erwägung aller vorhandenen Verhältnisse, mit genauer Kenntniß und Beobachtung der Volkssitten und des gesammten innern Verkehrs und mit sorgfältiger Vergleichung des Zusammenhanges zwischen allen Theilen vollzogen würde. Nur ist unter allen diesen Voraussetzungen und Umständen die mehrmals angedeutete doppelte Art der römischen Rechslehren wieder von einem so entschiedenen Einfluß, daß die Vorberathschlagung, wie die nachherige Aussprechung der aufgefundenen Bestimmung, in dem einen Falle einen gänzlich abweichenden Charakter gegen den andern annehmen muß.

Da, wo willkührliche Bestimmungen im römischen Recht vorhanden oder wo sie dem Wesen der Rechtsverhältnisse nach nothwendig sind, wie etwa bey der gesetzlichen Erbfolge, mögen denn die berathschlagenden Erwägungen auf die Fragen, was davon beizubehalten, aufzuheben oder abzuändern sey, gerichtet werden; immer begreiflicherweise nach Gründen, welche nicht aus jenem Wesen unmittelbar hervorgehen, sondern aus äußern Nebenverhältnissen hinzukommen, eben darum aber auch dem hier zunächst betrachteten Hauptgesichtspunkt fremde sind. Wenn nun auch hier wohl der allgemeine Wunsch gelten möchte, daß man immer so wenig als nur thunlich, Willkühr bestehen lasse; so bleibt doch über alle diese Gegenstände nur der einzige Weg zu betreten, daß das rein willkührlich festzusetzende auch be-

stimmt und als jeder andern Willkühr entzogen ausgesprochen werde.

Ueber die andere größere Hälfte der Civilgesetzgebung aber walte ein durchaus anderer Geist. Was hier ausgesprochen werde, müsse gleich als bedingt erscheinen. Nicht bloß künftiger willkührlicher Fortbildung des Verkehrs und der Verhältnisse im Volk werden keine Schranken gesetzt, und so weder gegen ausdrücklich abweichende Verabredungen noch auch gegen allmählich, vielleicht stillschweigend einzuführende, Institute und Grundsätze eine Grenze gezogen; sondern selbst die über bestehende Institute und Verhältnisse für auszusprechen nöthig gefundene Bestimmung kündige sich doch immer so an, daß sie nur gelte, insofern sie der Natur derselben angemessen geachtet werden könne; daß der Richter bey entgegengesetzter Ueberzeugung von den Gesetzesausspüchen dieser Art abzuweichen befugt, und daß er vor allem andern gar nicht gezwungen sey, ähnliche, im Gesetz nicht bestimmt ausgedrückte, Fälle darnach blind zu beurtheilen, wenn ihr innres Wesen wirklich widerspräche. Es sey indessen dabey nicht verkannt und verschwiegen, daß auch in diesen Lehren eine Lage von Umständen vorkommen könne, welche die Thätigkeit zu einer neuen Gesetzgebung bestimmt auffordern müßte; die nemlich, wo die erforderte freye und durch Willkühr nicht zu beschränkende Behandlung der Rechtslehren aus dem Wesen ihrer Gegenstände schon durch eine Praxis im neuern Sinne beschränkt wäre. Diese Praxis der Neuern in vielen Ländern, die den Alten in den meisten Lehren unbestreitbar fremde war, enthält nie freye Entwickelungen aus dem innern Wesen und stellt sie noch vielweniger als solche zur weitern Nachachtung dar, sondern sie stellt ihre Sätze als gebietend und verbietend meistens mit viel strengerer Will-

führ auf, als wohl sogar die geschriebenen Gesetze es meistens thun; und nur gar zu geneigt sind leider häufig ausübende Rechtsgelehrte, ihrer Bequemlichkeit nachzugeben und so manchen einmal hergebrachten, oft im Umfang seiner Gültigkeit gar nicht bestimmten, Satz ohne großes Bedenken anzuwenden, oft sogar auf Fälle, die ähnlich schienen und an die doch bey der Einführung der Praxis nicht gedacht war, unpassend anzuwenden und dadurch manche Aeußerung des freyen Verkehrs zu vernichten, mitunter auch wohl ganz unausführbare Aussprüche vorzubringen. Bey solchen vorliegenden Verhältnissen kann nichts wohlthätiger seyn, als die Verwerfung und Aufhebung der Praxis, sey es im allgemeinen oder im einzelnen, sey es durch neue Gesetze oder durch Herstellung der sonst schon geltenden Gesetzgebung in ihre wahren Rechte.

Wie aber auch das Verfahren der Gesetzgebung in diesen oder ähnlichen Punkten sey; so bringe doch der gute Genius der neuen wiederkehrenden Geistesfreiheit in Deutschland die schon früher von wahren und redlichen Kennern des Rechts und der Rechtsverfassung mit Wärme und aus dem reinsten und haltbarsten Gründen gepredigte, nach den bisher ausgeführten wohl von mehreren Seiten begründete Lehre zur allgemeinsten Ueberzeugung, daß unter keinen Umständen eine allgemeine Gesetzgebung, besonders im Civilrecht, das wichtigste, oder gar für sich allein Heilbringende, Bedürfniß des Volks sey und daher das erste Augenmerk der Regierung ausmachen müsse. Leider ist dieses Bedürfniß von der Nation, welche sonst in Deutschland wegen des allgemeinen Geistes ihrer Gesetzgebung nie geachtet, sondern mit so vollgültigen Gründen oft genug bestritten und herabgesetzt ward, während der von ihr theils unternommenen, theils ge-

duldeten, für alle Zeiten in ihren Ereignissen, in allen ihren unmittelbaren und nächsten Folgen mehr als irgend eine andere Geschichtsperiode verabscheuungswürdigen Revolution wiederholt genug ausgerufen, und diese Behauptung selbst als ein immer in ausgebreitetere Wirkung zu setzendes Hauptmittel der Unterjochung anderer Länder gehandhabt worden. So großes Gedeihen man auch allen mit Besonnenheit und Entfernung von jeder willkührlichen Besserungslust und Herrschsucht unternommenen Gesetzgebungen wünschen kann; so müssen doch die leitenden Staatsmänner sich von allen Ueberbleibseln jener revolutionären Eindrücke durchaus befreyen, Geist und Gemüth davon bis in das Innerste reinigen. Auch hier herrsche nie der todte Buchstabe, sondern nur der lebendige Geist, der ihn handhabt. Auch hier wirkt das Gesetz für sich gar nichts, vielmehr nicht selten auf das lähmendste und tödtendste. Die Hauptwohlthat ist jedem Lande allein durch vollkommne, hinlänglich und allseitig gebildete Rechtsgelehrte zu gewähren. Werden die hiezu tauglichen Anstalten vernachläßiget, herabgewürdigt, willkührlich beschränkt, so ist selbst die beste Gesetzgebung todt oder wohl gar ein Messer, das der eingebildete Unwissende, gleich dem Kinde, mehr zum Verletzen als zum Nutzen brauchen kann und wird. Mögen in Frankreich auf den neu erfundenen Specialschulen mit der absichtlich und ängstlich verhängten großen Beschränkung des Studiums die Buchstabenmenschen so geformt werden, wie sie die Regierung jenes Landes, alle freye wissenschaftliche Ausbildung niederdrückend, verlangt. Männer, deren Geist in aller Tiefe und Vielseitigkeit gebildet sey, wenn sie, wie doch die meisten, überhaupt Bildungsanstalten bedürfen, können nur aus deutschen Universitäten hervorgehen, von denen, wie bekannt genug, alle Glorie der deutschen

gelehrten Bildung, fast allein und ausschließend ausstrahlte, und die deshalb auch von den die Unterjochung jeder Entwickelung beabsichtigenden Ausländern besonders gefürchtet, gehaßt, verfolgt und unterdrückt wurden. Nur solche Anstalten, auf welchen diejenigen, denen es mit ihrer Bildung, mit ihren Zwecken, mit ihrer geregelten Thätigkeit tiefer Ernst ist, sich nach allen Seiten, wie das Bedürfniß sich selbst ihnen fühlbar macht, auszubilden im Stande sind, können Rechtsgelehrte schaffen, wie sie das Civilrecht allein erfordert und bedarf, weil sich dieses selbst, wie bisher entwickelt, schlechterdings nicht auf sich beschränken, nicht alles willkührlich tyrannisch sich unterordnen, sondern immer von andern Kenntnissen und Einsichten entlehnen und dadurch allein leben und gedeihen kann. Unmöglich kann darum das Urtheil der Mitwelt und Nachwelt über die diesen Theil der Staatsanstalten betreffenden Regierungsmaßregeln im geringsten zweifelhaft seyn; es wird nur allein denen Heil zuweisen, die für diese schlechthin unerlaßliche freye Bildung thätig wirken!

Nachricht.

Diese Schrift, die erste von fünf Abhandlungen, worin der eigenthümliche Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen erörtert wird, ist für nicht juristische Leser besonders abgedruckt worden. Sie gehört wie die vier darauf folgenden zum ersten Band des Handbuchs, welches den wichtigsten Lehren des Civilrechts gewidmet ist.

II.

Versuchte Berichtigung

einiger bisher angenommenen

juristischen Grundsätze

über die

Ableitung der Rechtsbestimmungen

aus den

Rechtsquellen

---

zur weitern Erläuterung des §. 25 — 55. und 63 — 64. des Lehrbuchs der Pandekten.

Einleitung.

I.

Die Ableitung von Rechtssätzen aus den Rechtsquellen geschieht nicht durch bloße Auslegung.

(Vergl. Lehrbuch §. 25.)

In der Aufstellung eines Rechtssystems aus Rechtsquellen läßt sich gar kein sichrer Schritt thun, wenn man nicht darüber mit sich einig ist, wie und durch welche Behandlung man aus denselben die nöthigen und wirklich als gültig zu erkennenden Rechtssätze erhalte? Diese gesammte Lehre von der Behandlung der Rechtsquellen für die Anwendung durch Männer, denen die gesetzgebende Gewalt nicht zukommt, also durch Rechtsgelehrte oder selbst öffentliche Richter, ist sichtbar von der allergrößten Wichtigkeit für alles Recht. Es hängt fast das Bestehen eines jeden einzelnen Rechtssatzes von den Grundsätzen ab, die man über diese Behandlung annimmt. Je nachdem diese sich abändern; muß auch das ganze Rechtssystem und müssen fast alle nur einigermaßen schwierige Rechtssätze eine veränderte

Gestalt gewinnen. Indessen ist wohl unstreitig am allernachtheiligsten das Schwanken zwischen verschiedenen Ansichten; und dennoch findet man nur bey wenigen Rechtsgelehrten Festigkeit, Folgerichtigkeit und Beharren bey einmal angenommenen und befolgten Regeln. Vielmehr weichen die meisten nach Bequemlichkeit und Zuträglichkeit ab; und die Beobachtung möchte wohl nicht trügen, welche in dieser, wenigstens anscheinenden, Unbestimmtheit der gesammten Wissenschaft eine Hauptursache der Abneigung besserer Köpfe von dem Rechtsstudium entdeckt, da doch auch hier wieder das Alterthum lehrt, daß sich in Rom gerade die Rechtsgelehrten vor andern durch angebornen Scharfsinn, durch manches andere Talent und durch eine hohe Ausbildung hervorthaten. Um so einflußreicher möchte dann leicht ein glücklicher Versuch sich erweisen, wodurch eine größere Festigkeit des Verfahrens herbeigeführt würde; und um so stärker muß jeder, dem über irgend einen dahin gehörigen Punkt ein erhellendes Licht aufgegangen zu seyn scheint, zu dessen Verbreitung sich aufgefordert fühlen. Vielleicht geht ein solches schon zum Theil von einer Unterscheidung aus, die man bisher nicht zu machen und noch weniger durchzuführen pflegte. Indem man aus den Rechtsquellen die erforderlichen Rechtssätze abzuleiten strebte, glaubte man dieß einzig und ausschließend durch eine Auslegung derselben zu erreichen. Gleichwohl kann Auslegung doch nichts weiter als Entwickelung des in dem Gesetze lie-

genden Sinnes bedeuten. Was nur irgend als durch das Gesetz angegeben und bestimmt gedacht werden kann, mag dann immer unter jenem Worte begriffen werden. Sobald aber Bestimmung derjenigen Fälle, auf die das Gesetz sein Absehen nicht richten konnte, so lange man seinen Worten nur irgend treu bleiben und nichts willkührliches hineindichten will, zur Frage kommen soll; sobald hört dem Wortsinn nach jede Auslegung auf.

Zum Behuf der Auslegung wird allein gefragt: was soll das Gesetz an sich gebiethen? was wollte der Gesetzgeber damit hier und an dieser Stelle sagen? Immerhin mag zu diesem Befehl noch in Anschlag kommen, daß die besondere Eigenheit unserer Gesetzbücher zu der Auslegung noch eine Art der Anwendung auf nicht wörtlich ausgedrückte Fälle ziehen müsse. Wir finden ungemein häufig in den Stellen verschiedener Theile des Justinianeischen Rechtsbuches einen einzelnen in den Zeiten der Abfassung einer solchen Stelle vorgekommenen Fall angeführt und entschieden, oft ohne die geringste weitere Erklärung, daß diese Entscheidung auch für andre gleiche Fälle gelten solle. Hier würde die Aufnahme einer solchen besondern Entscheidung in ein Buch, nach welchem dann künftige Zeiten sich zu richten haben, falls auch keine ausdrückliche allgemeine Vorschrift desselben über eine solche Ausdehnung vorhanden wäre, doch schon geradezu ohne allen Zweck und Sinn seyn, wenn nicht für eine solche Stelle desselben allein

die Bedeutung übrig bliebe, daß alle dem ausgedrückten in den Hauptumständen völlig gleiche Fälle dadurch nur allgemeine Norm erhalten sollten. Insofern ist dann diese Ausdehnung und Anwendung auf andere nicht wörtlich und ausdrücklich genannte Fälle doch unbedenklich zur eigentlichen Auslegung der Vorschrift, wie und weil sie sich an dieser Stelle findet, zu rechnen.

Aber damit ist nicht jede Anwendung auch auf andere nicht ausgedrückte Fälle als zur Auslegung gehörig gerechtfertigt; damit ist keinesweges erwiesen, daß die allenfalls über die Auslegung anzunehmenden Regeln zugleich unbedingt für jede Anwendung und Ausdehnung gleichen Werth und gleiche Gültigkeit hätten. Es ist nicht einmal ohne weitere Prüfung und Unterscheidung zu behaupten, daß auch Regeln, welche man für weitere Anwendung auffinden könnte, nun sogleich für jede Art der Ausdehnung gelten. Im Gegentheil wird der genauere Forscher sich bald wohl noch zu einer neuen Unterscheidung zweyer Classen von Fällen, die mit den Gesetzen zu vergleichen wären, gedrungen sehen. Einige von solchen etwa ähnlichen oder zu vergleichenden Rechtsfällen sind nemlich wohl von einer Art, daß sie eben so, wie jetzt, schon zu der Zeit des entstehenden Gesetzes oder doch der ganzen Gesetzsammlung vorhanden waren, oder doch seyn konnten; andere aber sind von Umständen begleitet und mit solchen behaftet, die, den frühern Verhältnissen widersprechend oder doch

fremde, nur allein unter den Verhältnissen der neuern, wo nicht neuesten, Zeit vorkommen konnten.

So sind nach diesen aus der Natur der Sache hervorgehenden Verschiedenheiten drey ganz abweichende Geschäfte zu sondern:

1) Die Auslegung der Gesetze, wodurch die Aufgabe allein gelöst wird: welchen Sinn haben die Gesetze an sich? oder welchen können sie haben?

2) Die Anwendung der Gesetze auf Fälle, welche unter jenen nicht enthalten sind oder nicht verstanden werden können, aber doch zur Zeit der Abfassung der Gesetze schon vorkommen konnten;

3) die Anwendung derselben auf Fälle, die bloß in den neuern Zeiten sich ereignen können.

II.

Unterschied zwischen den Regeln für die Auslegung.

(Vergl. Lehrbuch §. 26.)

Nun ist bey jeder Betrachtung über die Gesetzauslegung und die Ableitung von Rechtssätzen aus den Gesetzen schon der Umstand keinesweges unerheblich, daß der Ausdruck Gesetz (lex) nicht selten jede Regel über Rechte unter sich begreife, diese mag vom Gesetzgeber im Staat oder von irgend einem Privatmann ausgehen. Daher kann dann freylich auch manche allgemeine Auslegungsregel für alles gelten. Man darf es indessen doch nie aus der Erinnerung schwinden lassen, daß sowohl die Natur der Sache als auch das römische Recht manche besondere Auslegungsregeln für Verträge, manche für Testamente, manche für eigentlich streng so zu benennende Gesetze u. s. w. enthalte und darum eben doch eine genaue Aufmerksamkeit darauf erforderlich sey, wovon jede Regel gelten könne und solle. Dem unstreitig gar nicht selten betretenen Abweg, das, was in dieser Hinsicht allein von einer Art gilt und oft allein gelten kann, als ganz allgemein zu behandeln,

kann, wenn man vollständige Befriedigung und innigste Verbindung sucht, nicht sorgfältig genug ausgewichen werden. Noch viel bedeutender und durchgreifender aber ist ein anderer Unterschied. Die Auslegung soll den Sinn des Gesetzes entwickeln und herausbringen; allein eben dieser Ausdruck: Sinn des Gesetzes muß unter einer doppelten Bedeutung gedacht werden. Zunächst wird man allerdings darunter den Sinn zu verstehen haben, den der Gesetzgeber im Gesetz ausdrücken wollte, den er wirklich damit verband, die Meynung des Urhebers der gesetzlichen Vorschrift, des Gesetzgebers, bey dem Gesetze, die man durch mens, voluntas legis*), sententia legis**) oder legislatoris bezeichnen kann, zu dessen Entdeckung der Wortverstand, also das, was die Worte nach dem Sprachgebrauch bezeichnen, das nächste Mittel hergeben muß. Gleichwohl gibt es Fälle, wo man von dieser Bedeutnng eine andere zu sondern hat. Es läßt sich nämlich unter Sinn des Gesetzes auch derjenige Sinn verstehen, den uns die Vorschriften der Gesetze allein erlauben, der wörtlichen Formel beyzulegen; der juristisch allein zuläßige Sinn.

---

*) Dig. l. 3. §. 18 et 19 (dc legibus, senatusconsultis et longa consuetudine) Cod. l.; 14. c. 5. (de legibus et constitutionib. princ. et edictis).

**) Dig. l. 3. §. 12. (de leg.)

Freylich wird sich dem ersten Anblick die Nothwendigkeit fast aufdringen, daß beyde einerley seyn müßten; und sie sind es auch ungezweifelt und müssen es seyn — in dem Fall, wo die Meynung des Gesetzgebers vollkommen gewiß ist. Nur hat gerade dieß bey weitem nicht immer statt. Oft ist ein Sinn bloß wahrscheinlich, wahrscheinlicher als ein anderer; folglich dieser andere doch möglich; nicht selten sogar noch mehrere zugleich möglich, zwischen denen selbst keine ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit entscheidet. Hier können dann leicht gesetzliche Vorschriften vorhanden seyn, nach welchen die Wahl unter mehrern möglichen zu bestimmen seyn wird, und die leicht die Folge für den Rechtsgelehrten haben können, daß er gegen den nach allgemeinen Gründen oder auch nach seiner Ueberzeugung wahrscheinlichern entscheiden müsse.

Darum ist denn ungezweifelt eine doppelte Art von Auslegungsregeln zu scheiden; eine, welche diejenigen umfaßt, die das Verfahren bey der Auffindung des gesetzlichen Sinns leiten und dessen Zweckmäßigkeit befördern. Solche Regeln hängen fast ganz von der Logik ab; man bildet aus ihnen einen Theil der angewandten Logik, und nennt ihren Inbegriff ganz sprachgerecht Auslegungskunst, weil sie sich unmittelbar auf Ausübung beziehen; für diese aber noch Verbindung von Talent und Uebung bedürfen. Diese sind rein technische oder logische Regeln; sie können

als ein Theil der eigentlichen Rechtsgelahrtheit gar nicht angesehen werden.

Nur die zweyte Classe der Regeln, welche über die Zuläßigkeit oder Gültigkeit des aufgefundenen Sinnes, besonders zwischen mehrern möglichen, entscheidet, umfaßt die juristischen, wirklich verpflichtenden, Regeln. Solche beruhen auf gesetzlichen Vorschriften und müssen das, wenn sie anders Gültigkeit haben sollen. Dasselbe Resultat kann nicht immer aus beyden hervorgehen, und dieß um so weniger, da nach den technischen leicht ein mehrfacher Sinn, nach den juristischen, wenn sie anders entscheidend sind, bloß ein einfacher erscheinen und übrig bleiben kann. Denn die juristischen müssen die technischen sich schlechthin unterordnen, selbst wenn es noch so wahrscheinlich seyn möchte, daß der Gesetzgeber etwas anders habe sagen wollen. Nur ist hier allerdings die sehr gegründete Erinnerung *) anzuwenden, daß dieser Vorzug allein von den wirklich vorgeschriebenen Regeln gelte, nicht von denen, die aus der bloßen Verfahrungsart der ältern römischen Rechtsgelehrten abstrahirt wären.

Eben dieser Unterschied findet dann auch Veranlassung zur Anwendung bey jeder Ausdehnung von Ge-

---

*) Vergl. Thibaut Theorie der logischen Ausübung 2te Aufl. S. 43.

setzen auf Fälle, die in den Worten des Gesetzes nicht begriffen seyn können. Es ist schon mehrmals bemerkt worden, daß Justinian bey manchen seiner Verordnungen, besonders seinen Abänderungen des ältern Rechts, manches nicht bloß etwa nicht ausgedrückt, sondern wohl höchst wahrscheinlich gar nicht daran gedacht habe. In solchem Falle muß, wenn nicht andere Gründe zur Ausdehnung vorhanden sind, gar nicht darnach für die geltende Rechtsgelahrtheit gesucht werden, wie er wahrscheinlich entschieden haben würde, wenn er daran gedacht hätte; ein Verfahren, das wieder ausschließend logisch oder allenfalls psychologisch seyn würde. Es kann allein für die zuläßige Ausübung darauf ankommen, was für eine Entscheidung juristisch oder gesetzlich zuläßig wäre. Sonst müßte schon unter andern der unbestritten gültigen Regel, daß korrektorische Gesetze strenge auszulegen seyen, fast immer Abbruch geschehen.

III.

Verschiedene Bedeutungen des Ausdrucks: ratio legis.

(Vergl. Lehrbuch §. 27.)

Bey allen Untersuchungen über die Anwendung gesetzlicher Regeln auf bestimmte Fälle, man mag sie mit dem allgemeinen Namen: Auslegung der Gesetze, belegen, oder für einige derselben den oft passendern Namen: Ausdehnung oder Anwendung auf nicht ausgedrückte Fälle wählen, spricht man viel von der ratione legis, und versteht darunter wohl überhaupt und ohne Unterschied jede Ursache des Gesetzes; jede aus welcher das Gesetz als eine Folge, so wie es da liegt, hervorgegangen ist. Das ward schon längst anerkannt, daß dieß Wort mehr als Eine Bedeutung habe; und von einer derselben wird denn wohl ganz allgemein zugestanden, daß ihrem fortgesetzten Daseyn oder ihrem Aufhören eigentlich kein unmittelbarer Einfluß auf die Anwendung des Gesetzes beizulegen sey. Es ist nemlich allerdings höchst einleuchtend, daß jedes Gesetz durch geschichtliche Ereignisse leicht zunächst veranlaßt seyn könnte; man mag darunter irgend eine bestimmte

Begebenheit verstehen, die den Gesetzgeber aufmerksam machte und aufrief, oder sonst eine Lage von Umständen, die sich gerade damals vorfand. Diese Veranlassung, wofür man verschiedene lateinische Ausdrücke, als occasio, origo, causa externa legis, ratio legis extrinseca oder coaeva brauchte, ist begreiflicherweise ganz oder theilweise vorübergehend, und von ihr konnte daher Bestand und fernere Anwendung des Gesetzes nie abhängig gemacht werden und ward es auch nicht. Wohl aber legte man desto mehr Werth auf die andre Art, welche ratio legis in specie, ratio intrinseca oder secundaria gewöhnlich genannt ward; und doch schien man meistens nicht zu ahnden, daß man damit höchst verschiedene Verhältnisse bezeichnete. Dieses Zusammenwerfen allein erklärt es denn wohl schon, warum über den Einflutz der rationis legis auf Auslegung und sonstige Anwendung die Meynungen so verschieden ausfielen. Diejenigen, welche diesen Einfluß verwarfen und welche ihn behaupteten, hatten ohne irgend einen Zweifel, der sich wenigstens für jeden aufmerksamen Beobachter und Beurtheiler leicht heben möchte, jeder eine ganz verschiedene Bedeutung im Auge. Es sind deren gewiß noch drey gänzlich abweichende übrig.

Die wichtigste von allen ist, daß man damit den Zweck anzeigt, den der Gesetzgeber durch das Gesetz erreichen wollte; und der um so unstreitiger als Ursache des Gesetzes erscheinen muß, weil der Gesetzgeber nur

um seinetwillen, um ihn zu erreichen, das Gesetz gab. Ein solcher Zweck kann sich seiner Natur nach nur auf etwas künftiges, auf Folgen beziehen, die erst aus dem Gesetz und aus dessen Beobachtung entstehen können und sollen; freilich nicht gerade auf wirklich schon entstandene oder auch unausbleiblich entstehende, sondern auf solche, die entstehen, immer aber auch nach der Natur aller den Rechtssätzen unterworfenen Handlungen und Ereignisse ausbleiben können.

Statt Zweck kann man auch dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nach unbestreitbar Absicht des Gesetzgebers sagen, denn kaum bedarf es der Erinnerung an das nicht zu bezweifelnde Sprachherkommen, unter Absicht einen Zweck, insofern er subjectiv betrachtet wird, zu verstehen, wenn nicht ein Paar achtungswerthe Schriftsteller etwa in dieser Materie sich des Ausdrucks in andrer Bedeutung bedient hätten. Thiebaut *) nimmt Absicht für Meynung, Sinn des Gesetzgebers, und fast eben so nimmt es Zachariä. Völlig sprachwidrig ist diese Anwendung des Worts keinesweges. Denn allerdings läßt sich zweyerley unterscheiden, wenn man die Absicht überhaupt auf alles bezieht, was durch das Gesetz bewirkt werden soll. Der Gesetzgebende hat freilich unstreitig die Absicht, zunächst durch sein Gesetz eine bestimmte Vorstellung zu

---

*) Theorie 2te Auflage S. 12.

erwecken; und hierfür ist jene Bedeutung von Absicht gewiß passend, für welche Zachariä *) übrigens durch den Zusatz Absicht des Redenden sich dem Sprachgebrauch noch mehr angeschmiegt hat. Dieß trift aber doch immer mit dem Sinn der gesetzlichen Ausdrücke: mens, voluntas **), sententia ***), zusammen. Wenn man aber auch dieses als Absicht des Gesetzgebers ausführen darf; so ist es doch schwerer als Absicht des Gesetzes anzuerkennen. Unter dieser ist wohl sprachgemäß nur diejenige zu verstehen, welche der Gesetzgeber nicht durch das Aussprechen des Gesetzes, sondern durch dessen Befolgung erreichen will.

Neben dem Zweck kann als Ursache des Gesetzes noch der Grund desselben angesehen werden. Hiebey darf indessen sogleich nicht unbemerkt bleiben, daß nach einer gewöhnlich hergebrachten Kunstsprache ratio legis wohl in allen Fällen und Bedeutungen durch Grund des Gesetzes verdeutscht ward; wieder nicht gerade gegen Gebrauch und Analogie der Sprache.

Denn

---

*) Versuch einer allgemeinen Hermenevtik des Rechts. Meiß. 1805. 8. §. 14.

**) Dig. L., 3. §. 18 et 19 (de legib)

***) z. B. Dig. L., 17. §. 96 (de reg. jur.) In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui verba protulit.

Denn unstreitig ist durch Grund alles zu bezeichnen, warum und wodurch etwas anders entstanden ist. Gleichwohl möchte doch vielleicht dieser allgemein angenommene Ausdruck manche nothwendige Unterscheidung erschwert und verhindert, und eben darum nur allgemeine Behauptungen und Bestreitungen veranlaßt haben, welche durch jene Unterscheidungen beseitigt oder umgangen werden. Darum sey es denn lieber versucht, den gedachten Ausdruck sowohl für die Ursache, welche bloß Geist und Gemüth des Gesetzgebers zu der Festsetzung des Gesetzes aufregte, als für die, welche aus dem Gesetze als Folge hervorgehen sollte, zu vermeiden, und ihn allein für diejenigen Ursachen aufzubewahren, aus welchen das Gesetz, so wie es da ist, als Folge hervorgegangen erscheint. Aber auch in dieser Bedeutung ist doch wieder noch eine doppelte, sehr abweichende, Art sorgfältig zu sondern.

Einmal ist der Grund, von dem das Gesetz als seine Folge abgeleitet ist, wohl ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, aus welchem der neu ausgesprochene Satz, nur als ein einfach untergeordneter, logisch daraus zu entwickelnder, sich erzeugt. Diese Art von Gründen hat auch Thibaut in der zweyten Auflage seiner logischen Auslegung *) unterschieden. Er führt sie

*) Theorie 2te Aufl. S. 5. f. f.

unter dem Namen Entscheidungsgrund (ratio decidendi) auf, setzt sie darin, daß der Regent eine an sich schon als Gesetz geltende Rechtsregel auf besondere Fälle durch bloßes Urtheil anwende, und sondert sie so vom Grunde des Gesetzes (ratio legis) ab, insofern ein solcher bisher nicht als Gesetz galt. Gegen die Charakteristik desselben, daß hier durch bloßes Urtheil verfahren werde, wie gegen die Absonderung von andern Gründen des Gesetzes, ist gewiß nichts einzuwenden. Bloße Anwendung auf besondre Fälle kann aber schwerlich allein vorausgesetzt werden; denn wenn gleich im Codex sich allerdings solche Entscheidungen finden; so bilden sie doch selbst hier nicht bloß schon ihres Platzes wegen allgemeinere Regeln; sondern es mangelt gar nicht an Beispielen, daß geradezu die untergeordnete, aber doch mehrere Fälle begreifende, Regel als Folge der höhern erklärt wird. Daher möchte der Name ratio decidendi mitunter zu Mißverständnissen und falschen Folgerungen Veranlassung geben können. Ueberdem ist mit diesem aus Gesetzesquellen hergenommenen Grunde noch ein anderer auf das genaueste verwandt. Es ist in der ersten Abhandlung dieses Bandes gezeigt worden, wie die im römischen Gesetzbuch vorfindlichen Theorien in vielen Fällen nicht willkührlich festgesetzt, oder aus willkührlich festgesetzten Regeln abgeleitet sind; sondern wie man sie aus dem Stoffe, der sich im menschlichen Verkehr vorfand, aus der Beschaffenheit der Gegenstände, aus der Natur

der Geschäfte aufgenommen und dann weiter ausgebildet habe; zugleich auch wie diese Verfahrungsart dem Civilrecht meistens nothwendig sey. Nach diesem Gesichtspunkt tritt denn als Grund gesetzlicher Bestimmungen in gleichem Range neben die allgemeinen Rechtsregeln die Natur der Geschäfte ein und was dieser gleich zu achten ist. Beide zusammen lassen sich wohl unterscheidend durch den Ausdruck Rechtsgrund, im Rechte selbst vorhandner, aus diesem geschöpfter, Grund bezeichnen.

Davon ist aber nun wieder eine andere Klasse solcher Gründe gänzlich verschieden. Es kann sich vor dem Auge keines unbefangenen Beobachters verbergen, daß außer Zwecken und Rechtsgründen noch manches andre auf den Gesetzgeber wirken und ihn bewegen kann, das Gesetz überhaupt oder es doch gerade mit diesen Bestimmungen zu geben. Obwaltende Sitten, politische vorübergehende Absichten, philosophische, religiöse u. a. Meynungen und Ansichten, hergebrachte Rechtsgebräuche und angenommene Vorstellungen über das Recht u. a. m. können diese Wirkung äußern. Auch ist besonders dabey noch der Umstand von Wichtigkeit, daß das Gesetz an sich recht wohl eine besondere Veranlassung haben, zu einem auf sich festruhenden Zweck gegeben seyn, oder auch auf einen besondern Rechtsgrund sich stützen mag und doch Nebenbestimmungen

desselben durch alles dieses nicht, sondern durch andere Gründe, veranlaßt seyn können. Offenbar sind diese letzten dem Gebrauch gemäß mit Beweggrund oder Bestimmungsgrund zu bezeichnen, nur muß man freilich mit einem dem früher gedachten ähnlichen Verfahren aus der Bedeutung dieses Ausdrucks alles wegdenken, was zugleich Zweck genannt werden müßte.

Alle diese so sehr unterschiedene Arten von rationibus legis finden sich in unverkennbaren Beispielen im römischen Rechtsbuche vor. Der historischen Veranlassung zum Gesetze ist kaum nöthig besonders zu gedenken; denn wer kennt nicht die Geschichte der Entstehung des Macedanianischen Senatsschlusses u. a.? wer nicht die von Justinian häufig erzählten Veranlassungen seiner Gesetze durch die alten Streitigkeiten, welche bis auf ihn obgewaltet hatten? *)

Von dem Zweck enthält unter andern Constantins Ausdehnung der durch ihn eingeführten Nothwendigkeit der gerichtlichen Insinuation bey großen Schenkungen auf necessarias et conjunctas personas in Cod. VIII, 54. c. 23 (de donationib.) ein klares Beispiel, da hinzu gesetzt ist: Si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est, aboleri.

---

*) Z. B. C. VII, 47 c. un. (de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur) und fast alle sogenannte Decisionen Justinians.

Wegen allgemeiner Rechtsgrundsätze, welche den Rechtsgrund abgeleiteter Entscheidungen ausmachen, mag hier nur der Fall, wo Justinian zur Bestimmung der Folgen einer Genehmigung eines von einem Haussohn aufgenommenen Darlehns durch dessen Vater, eine allgemeine Regel wörtlich zum Grunde legt *), genannt, und zugleich an einen ganz ähnlichen Fall im kanonischen Recht, wo in Rücksicht auf weibliche Eide bey bestimmten Geschäften ein allgemeiner Grundsatz über den Versprechungseid angehängt wird, **) erinnert werden.

Ein Rechtsgrund, der aus dem Gegenstande und der Natur des Geschäfts abgeleitet ist, findet sich dagegen in Dig. XVIII., l. pr. 9. §. 2. (de contrah. emt.) Der Verkauf von Wein, der nachher sauer geworden, gelte freilich als Kauf, quia in corpus consensum est, etsi in materia Sit erratum. Aus eben dem Grunde gelte aber nicht Verkauf von Weinessig statt Wein, von Erz statt Gold, von Bley statt Silber.

Von bloßen Beweggründen ist die Verordnung eine der einleuchtendsten, wodurch Justinian bey Testa-

---

*) Cod. IV, 28. c. 7. (ad SCt. Macedon) Omnis ratihabitio prorsus retrotrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt.

**) X. II, 24. c. 28. (de jurejur.)

menten sieben Zeugen erfordert *). Der Zweck kann in der Zahl sieben unstreitig nicht gesetzt oder gesucht werden; sondern es war darum zu thun, den Testamenten, welche nach dem Tode dessen, der sie anordnete und sich später nicht weiter darüber erklären konnte, und nur durch eine ausdrückliche Erklärung desselben gelten sollten, mittelst einer größern Förmlichkeit festere Gewißheit und zuverläßigern Bestand zu sichern. Hiezu war denn wohl eine gewisse Menge von Zeugen ein recht passendes Mittel; aber ob es sechs oder acht oder noch mehr seyn sollten, das entschied der Zweck allein ungezweifelt gar nicht. Gleichwohl forderte er eine fest bestimmte Zahl. Um einmal diesem Zweck insofern zu entsprechen, ließ sich nun Justinian aus davon ganz unabhängigen Gründen, zunächst weil schon einmal früher bey den alten Gebräuchen der Testamentseinrichtung sieben Theilnehmer bekannt waren, vielleicht auch wegen der sonst seiner Meynung nach der Zahl sieben zukommenden Vorzüge **) für ihre Beibehaltung bestimmen.

So höchst wichtig es aber nun vielleicht durch weitere Betrachtungen erscheinen möchte, die angegebenen Bedeutungen von ratio legis sorgfältig zu sondern; so

---

*) Inst. II, 10. §. 3. (de testamentis ordin.)

**) Vergl. C. I, 17. c. 2. §. 1 in f. c. 3. §. 1 in f. (de veteri jure enucleando.)

werden doch mehr als diese sich schwerlich auffinden lassen. Nur ist freilich damit nicht gesagt, daß ratio, auf Gesetze bezogen, nicht auch noch manches andere anzeigen könne. Denn ganz sichtbar kommt dieß vieldeutige, und eben zu mannichfaltigen Verwirrungen Anlaß gebende Wort noch in Stellen des römischen Rechts vor, welche nicht eine einzige der aufgezählten Arten des Sinnes zulassen. So bedeutet es in Dig. XXXVIII, 17. pr. 2. §. 29 (ad Senatusconsultum Tertyllianum et Orphitianum)*) unverkennbar die Beschaffenheit des in den Gesetzen vorausgesetzten oder mit denselben zu vergleichenden Falls; so ist in Dig. I, 3. pr. 14 15. (de legibus, senatusque consultis et longa consuetudine)**) die ratio und ratio juris offenbar nicht von einer außer dem Gesetz liegenden Ursache, sondern vom Recht selbst, dessen Grundsätzen und eigentlich zunächst wohl vom ganzen Zusammenhange der Rechtsgrundsätze zu verstehen; und eben davon oder auch von einer richtigen Schluß-

---

*) Quid Si curatores non petiit (mater ?) Verba rescripti deficiunt: Sed dicendum est, Si quidem impuberibus curatores non petiit, eandem esse rationem Si jam puberibus, cessare debere.

**) Pr 14. Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. Pr. 15. In his quae contra rationem constituta Sunt, non possumus Sequi regulam juris.

kraft ist ratio in Eod. pr. 39 *) auszulegen. Deswegen aber müssen denn auch alle diese und ähnliche Gesetze ohne den geringsten Einfluß auf die hier weiter anzustellenden Untersuchungen bleiben.

So verschieden nun aber auch die oben gesonderten Bedeutungen seyn mögen; so sind sie doch immer von einem gegenseitigen Einfluß auf einander und man kann in vielen Fällen von einer auf die andere schließen, die eine aus der andern entdecken, besonders Zwecke und Beweggrund aus der Veranlassung, den Zweck aus dem Beweggrund, und umgekehrt. Aber in andrer Rücksicht ist doch wieder die ratio legis in einer Bedeutung von der in einer andern sehr unabhängig; und dieß besonders in ihrem Fortbestehen. Die Veranlassung ist fast immer bloß vorübergehend und der Zweck oder Rechtsgrund des Gesetzes, das sie veranlaßte, kann allezeit noch bleibend seyn. So kann auch der Zweck noch unverändert fortwähren oder erreicht werden und der Beweggrund nicht mehr statt finden, oder Abänderungen erlitten haben.

Nachdem wir diese genauere Unterscheidungen nun neben einander vor uns haben; müssen jezt, vorzüglich

---

*) Quod non ratione introductum, Sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

mit fortwährender Rücksicht auf die wohl nicht weniger merkwürdige Verschiedenheit zwischen Auslegung und Anwendung der Gesetze, Versuche angestellt werden, ob nicht durch dieselben für so manche bisher schwierig gefundene Frage neue Aufklärung vorbereitet oder auch wohl eine solche gänzlich gelöst wird?

IV.

Kann man auch solchen rationibus legis einen Einfluß auf geltende Rechtssätze zugestehen, welche sich nicht in den Gesetzen selbst finden?

Vielleicht äußert sich ein solcher heilsamer Einfluß schon bey der Aufgabe wie und durch welche Mittel die rationes legis zu entdecken und aufzufinden seyen, deren man sich bey der Ableitung der gültigen Rechtssätze bedienen dürfe?

So lange man gar nicht zwischen den verschiedenen Arten unterschied und darum von jedem einzelnen Beispiel sich zu allgemeinen Rückschlüssen befugt hielt; war die Behauptung eben so begreiflich und wenig befremdend, als auf der andern Seite zur Abwehrung der Willkühr und des Mißbrauchs selbst ersprießlich, vermöge welcher man es für ein gänzlich unbefugtes Verfahren erklärte, zum Behuf der Herausbringung einer gültigen Rechtsregel auf rationes legis zu sehen, die sich in den Gesetzen selbst nicht finden. Dadurch werde, hieß es, der Verstand eines Gesetzes von dem

zufälligen Umstande abhängig, ob historische Aufschlüsse darüber vorhanden seyen. So hinge die Anwendbarkeit eines solchen wohl davon ab, welchem Unterthanen, Rechtsgelehrten oder Staatsbeamten, eben dieser oder jener historische Umstand bekannt sey; so könnte gar die Entdeckung eines neuen Schriftstellers, die bisher unbekannte Nachrichten enthalte, ein gültiges Gesetz aufheben oder einschränken, einem sonst nicht für gültig erkannten Ansehen schaffen. Diese Ansicht werde noch nothwendiger erscheinen, wenn man erwägen wolle, wie die ältere Geschichte so wenig Gewißheit über den Geist und die Gründe des Rechts gewähre; wie große Ursache man habe, an der Glaubwürdigkeit so vieler römischen Geschichtschreiber zu zweifeln; wie es deren wohl gebe, die absichtlich täuschen wollten; und wie viele von ihnen endlich bloß verstümmelt und entstellt auf uns gekommen wären. Um so treffender sey denn die Bemerkung im römischen Rechtsbuch, daß man nicht von jeder Verordnung eine ratio angeben könne, und um so mehr die daraus abgezogene Regel zu befolgen, daß man sie nicht bey jeder Verordnung suchen müsse, weil sonst vieles fest begründete umgestürzt werde, und würde*). So überzeugend in der Hauptsache

---

*) Dig. l., 3. pr. 20. (de legibus.) Non omnium, quae a majoribus constituta Sunt, ratio reddi potest. Cod. pr. 21: Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.

setzt besonders Thibaut diese allerdings nöthigen Warnungen aus einander; setzt aber mit allem Grunde hinzu, daß dieses Ausschließen der Geschichte von der Einwirkung auf Rechtssätze die innere Rechtsgeschichte, wie sie die Justinianeischen Sammlungen selbst liefern, (versteht sich indessen wohl, soweit dabey nichts offenbar irriges vorkommt) nicht treffen, und eben so wenig bey der grammatischen Auslegung gelten könne, die einzig und allein auf der Geschichte beruhe, als aus welcher man nur die Gegenstände, die Wortbedeutungen, die Sprache in ihrem wahren Geiste richtig kennen lerne.

Dennoch dürfte die so vorgezeichnete Beschränkung immer noch etwas zu enge bleiben, wenn man nichts als ratio legis zur Betrachtung kommen lassen will, als was sich in den Gesetzen selbst ausdrücklich angegeben findet. Immerhin mag dieß zugelassene auch in einer solchen Ausdehnung verstanden werden sollen, daß damit nicht allein das in Worten erklärte, sondern zugleich dasjenige mit verstanden werde, was aus der Stellung, Ordnung und dem Zusammenhange der Gesetze hervorgeht: aber auch sogar dieß möchte schwerlich hinreichend befriedigen; es ist wenigstens kein Grund abzusehen, warum man alles andere ausschließen wollte, wenn dieß auch mit der vollsten Zuverläßigkeit gewiß und bewiesen wäre. Bemerkte doch Thibaut selbst daß die von Procopius und Suidas erzählte Veranlassung der Verordnung Cod. l, 2. pr. 23 (de S. S.

ecclesiis) zur Erklärung des Gesetzes und zum Beweise; daß Justinian den Kirchen in Ansehung der schon von ihnen besessenen Sachen nie das Vorrecht einer hundertjährigen Verjährung eingeräumt habe, sehr gut benutzt werden könne;*) Es mag darum wohl alles, was die Gesetze auch nicht ausdrücklich aussagen, wann es nur aus dem Gegenstande selbst hervorgeht oder auch sonst nur zuverläßig erscheint, als ratio legis zu benutzen seyn. Nur kann nicht oft und stark genug gegen bloße Vermuthungen geeifert werden, vollends wenn man gar mit Hintansetzung ausdrücklich angegebener rationum legis neue durch solche Vermuthungen erfunden und angewandt werden sollen; so wenn man, da die Bestimmungen in der oben angeführten Stelle Dig. XVIII, 1. pr. 9. §. 2. (de contrah. emt.) des Weinessigs gedenken, gegen ihre ausdrücklichen Worte daraus herleiten wollte, daß man bey den Römern Weinessig zu trinken pflegte **). Eine völlig gleiche Willkührlichkeit ist es jedoch, wenn man die in den Gesetzen wirklich vorkommenden rationes legis über die Worte der Gesetze ausdehnen will und so z. B. den wahren aus Cod. VIII, 54. c. 23. (de donationib.) ausgezogenen Zweck bey der Ausdehnung der schon bestehenden Verordnung auf die nächsten Verwandten als ursprünglichen Grund der ganzen Verordnung angibt.

---

*) Theorie erste Aufl. S. 13.

**) Vergl. Glück Commentar Th. I. S. 297. not. 96.

Wer mag aber mit dem Namen bloßer Vermuthungen ohne Unterschied jedes belegen, was aus der Kenntniß der frühern Verfassung, der unstreitig damals obwaltenden Sitten und Gebräuche, der damals herrschenden Meynungen, der besondern Sinnes- und Verfahrungsart des Gesetzgebers u. dgl. hervorgeht?

Durchläuft man in dieser Beziehung die mehrfachen Arten der rationum legis; so wird sich vielleicht hier schon ein aufklärender Einfluß ihrer Sonderung bewähren. Anerkanntermaßen hat die bloße Veranlassung eines Gesetzes keinen unmittelbaren Einfluß auf Auslegung und Anwendung desselben; gleichwohl nicht selten einen mittelbaren; und darum kann schon diese nicht unbeachtet bleiben. Ein einzelnes Ereigniß hier erdichten oder selbst von einem einzelnen in historischen Urkunden vorkommenden sogleich die daraus hervorgehende Veranlassung behaupten wollen, ist schlechthin unzulässig und am wenigsten zur Bestimmung der Gültigkeit einer gesetzlichen Norm brauchbar. Dennoch ist, wie das eben vorher nach Thibaut erwähnte Beispiel zeigt, doch leicht auch eine solche einzelne Thatsache, die berichtet wird und deren Beziehung auf das Gesetz klar vorliegt, zur Erklärung wohl anzuwenden.

Wie ganz anders gestaltet sich dieß aber, wenn die Veranlassung nicht in einzelnen Thatsachen, sondern in mehrern gleichzeitigen und zusammenstimmenden, in

Sitten, Gebräuchen, Meynungen und Lebensart des Volks zu einer bestimmten Zeit gesucht werden muß, und aus solchen etwa Zweck oder Rechtsgrund des Gesetzes zur deutlichen Einsicht und Gewißheit sich fast hervordrängt! Es darf hier wohl nur im allgemeinen an die höchst verschiedenen Zeiten Roms und des römischen Reichs, an jene alte, strenge und einfache, an die spätere republikanische, im tiefsten Sittenverderbniß und der gänzlichen Zerrüttung aller Häuslichkeit versunkene und endlich an die späteste christliche Zeit der größten Schwäche und einer die verderbten Sitten verkleisternden Heucheley erinnert werden, um eine große Menge von Gesetzen aus Veranlassungen entstehen zu sehen, von denen die Gesetze selbst, in den frühern Zeiten zum Theil wegen der auf uns gekommenen, bloß fragmentarischen, Gestalt, in der letzten wegen absichtlicher Verheimlichung und Verstellung der Sachen, gänzlich schweigen, an denen aber gleichwohl fast kein Zweifel übrig bleiben kann.

Ueber die Zwecke, die freilich mehr als andere rationes legis außer dem Gesetze selbst im Gemüth des Gesetzgebers liegen, mag immerhin das Geständniß geschehen, daß bey ihnen noch größere Behutsamkeit als bey andern Arten nöthig sey, wenn gleich auch bey zuverläßigen Nachrichten und Anzeigen darüber außer dem Gesetze doch kein Bedenken über ihren Gebrauch zur Theorie statt haben darf.

Dagegen aber schwindet nun fast jedes bey den beiden Arten der Rechtsgründe. Diese mögen immerhin nicht im Gesetz selbst als Grundlage genannt seyn; sind sie nur sonst gewiß; so erfordert die wahre Einsicht und Anwendung ihren Gebrauch. Ohne ihn würden Widersprüche im Recht und in dessen Zusammenhange fast unvermeidlich seyn. Mag immerhin die höhere Rechtsregel bey einer abgeleiteten nicht als Quelle angegeben; mag immerhin die Natur des Rechtsgeschäfts im Gesetzbuch nicht vollständig entwickelt worden seyn; wenn beides nur sonst gehörig erhellen mag, ist es zu gebrauchen und muß sogar gebraucht werden. Woher auch die Erläuterung genommen sey, über die verschiedene Natur der ältern und neuern Eide, über die alte und veränderte Stipulatio, über den Unterschied der alten Usucapio und praescriptio temporis und ihre größere Gleichstellung im spätern Recht; über die römische infamiae, über den nach den Gegenständen verschiedenen ususfructus, über die alte und unveränderte cessio, über die alten Eigenthümlichkeiten der bonorum possessio, wodurch erst der Nachlaß an denselben sich erklärt, über den ordo in den Municipien, von dem unsre gewöhnliche Theorie der Universitas abgeleitet worden, über die Besonderheit des römischen Concurses u. dgl. mehr; wer mag an der Anwendung des darüber aufgefundenen zweifeln, sobald man an dessen Gewißheit und Zuverläßigkeit keinen Zweifel mehr haben darf? Man

mache

mache hiebey nicht das Bedenken, daß vieles hievon die Gegenstände der Gesetze angehe. So ist es wohl bis zu einem gewissen Grade; dagegen ist aber ein sehr großer Theil der gesetzlichen Bestimmungen wohl verständlich, nur nicht mit Sicherheit zu beurtheilen und zur weitern Anwendung mit den gehörigen Schranken ohne diese rationes legis zu bringen.

Der bloße vom Zweck unabhängige Beweggrund ist nun vollends um so unbedenklicher nach Thatsachen zu bestimmen, welche nicht in den Gesetzen wörtlich vorliegen, sondern sonst aus andern Nachrichten oder sogar ohne solche sich ergeben, als er zwar auf das Verständniß, unmittelbar aber nicht auf die Gültigkeit der Gesetze Einwirkung haben darf, wie aus weitern Betrachtungen erhellen wird. Oder könnte wohl jemand an der Richtigkeit der Bemerkung zweifeln, daß der einfache Vortrag in einer Verordnung Justinians ein hinlängliches Anzeichen sey, er habe keine Neuerung durch solche einführen wollen, weil er sich im entgegengesetzten Fall stets bewogen fand, mit großen Zurüstungen und dem lautesten Selbstlobe seiner gesetzgeberischen Vorsicht und Weisheit alles von ihm neu angeordnete in seine Welt einzuführen? Und doch ist dieß nichts unmittelbar aus den Gesetzen erhellendes, sondern bloß durch Vergleichung und Beobachtung geschlossenes.

V.

Verschiedene Bedeutungen der Regeln über die rationes legis.

(Vergl. Lehrbuch §. 27. Anmerk. 3.)

Die vorzüglichste Wichtigkeit der Untersuchung, was eigentlich unter ratio legis verstanden sey, erprobt sich an einigen ausgesprochenen Regeln, in welchen dieser Ausdruck vorkommt. Man bezog auf die Auslegung, freilich in der Ausdehnung, daß alle drey oben genannten Arten der Ableitung von Rechtssätzen aus Rechtsquellen darunter verstanden werden, besonders diese beiden Regeln:

1) Cessante legis ratione cessat lex ipsa.

2) Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

Ueber beide ist viel geschrieben und gestritten. Sie sind eben so allgemein als geltend behauptet und vertheidigt, als wieder — besonders in neuern Zeiten — gänzlich verworfen worden *) Ihre Betrachtung ist

*) Wie namentlich die erste in Thibaut Pand. 3te Aufl. §. 50.

folglich nicht zu umgehen. Indessen mag sie schon durch eine einleitende Hinweisung auf die bisher nicht streng hervorgehobene dreifache Arbeit bey der Ableitung von Rechtssätzen vorbereitet werden. Denn nun erscheinen gleich anfangs jene kurzen paroemiae, juris in drey abweichenden möglichen Bedeutungen.

I. In Beziehung auf die Auslegung heißen beide:

1) Wenn bey irgend einer möglichen Bedeutung des Gesetzes die ratio legis (nemlich immer die Art, von der gerade die Frage entstanden ist) nicht mehr statt hat; so ist das Gesetz in dieser Bedeutung nicht zu nehmen.

2) So weit bey irgend einer möglichen Bedeutung des Gesetzes die ratio legis anzunehmen ist; so ist auch eben diese Bedeutung dem Gesetze beyzulegen.

II. In Beziehung auf die Anwendung für andre (schon gleichzeitige) Fälle, über welche wörtliche Bestimmungen mangeln:

1) Wenn in einem gesetzlich nicht bestimmten Fall die ratio, welche dem anzuwendenden Gesetze zum Grunde liegt, nicht statt haben kann; so ist auf diesen nicht unter dem Gesetz begriffenen Fall auch das Gesetz nicht auszudehnen.

2) Wenn hingegen in einem solchen Fall dieselbe ratio legis statt hat; so ist er nach dem Gesetz zu beurtheilen.

III. In Beziehung auf die Bestimmung der heutigen Gültigkeit:

1) Wenn in Ansehung desselben oder eines ähnlichen Gegenstandes, auf welchen sich das Gesetz bezieht, die ratio desselben nicht statt haben kann; so ist das Gesetz jetzt nicht mehr gültig.

2) Wohl aber ist es noch in allen den Fällen gültig, in welchen noch jetzt dieselbe ratio legis anzunehmen ist.

Durch diese genaue Unterscheidung der verschiedenen möglichen Bedeutungen jener Regeln in den drey sehr von einander abweichenden Verfahrungsarten möchten die weiter zu verfolgenden Untersuchungen wohl am erhellendsten vorbereitet seyn; nur daß zugleich nie zu vergessen ist, wie wohl leicht jede Art der rationum legis bey jeder Regel und für jede Verfahrungsart doch ein besonderes Resultat liefern möchte.

Erster Abschnitt.

Auslegung.

VI.

Begriff, Umfang und Einwirkung jeder Auslegung.

(Vergl. Lehrbuch §. 28.)

Ist auch die allgemeine Bedeutung des Ausdrucks Auslegung als Entwickelung des wahren Sinnes jedes Gesetzes, besonders wenn dieß dunkel oder zweideutig wäre; so daß durch das Verfahren der Auslegung aus den Worten oder der Formel des Gesetzes die durch solche bezeichneten Vorstellungen und durch deren Zusammenstellung die Bedeutung oder der Sinn der im Gesetz enthaltenen Rede herausgebracht werde*), — ist diese Bedeutung auch an sich sehr bekannt und leicht übersehbar; so wird doch wohl mit die-

*) Vergl. Zachariä a. a. O. §. 1. f.

ser einfachen Bestimmung die Hauptsache noch keineswegeS aufgeklärt.

Schon das ist allerdings von Wichtigkeit, daß die Auslegung immer in Beziehung auf die dadurch mögliche Anwendung des Gesetzes, wie sie jetzt beabsichtiget ist oder doch in ältern Zeiten hätte statt haben können, gedacht werden müsse; eben darum aber genügt das bloße Verständlichmachen des Sinnes der Rede nicht; sondern die Aufklärung muß so weit gehen, daß auch der Gegenstand des Gesetzes und die Möglichkeit, solchen nach dem Gesetze zu bestimmen, völlig deutlich erscheinen. Man findet die erste Bemühung wohl als eigentliche Auslegung und die zweite als Erklärung im engern Sinne einander entgegengesetzt *). Gerade dieser doppelten Beziehung wegen kann denn auch die Dunkelheit oder Zweideutigkeit eines Gesetzes, wenn man auch schon die vorhandenen Gesetzesworte als richtig und als von dem Gesetzgeber wirklich gebraucht und herrührend voraussetzt, eine doppelte Quelle haben. Es kann einmal bloß das wörtliche wegen seines Alterthums, seiner neuen Einführung, seiner Uebertragung aus fremden Sprachen, seiner ungewohnten Abkürzung oder Verbindung u. s. w. unverständlich oder vieldeutig, oder aber auch der darin bezeichnete Gegenstand im einzelnen und in seinen, in

*) Zachariä a. a. O. §. 3.

Beziehung genommenen, Verhältnissen ungewiß seyn *). Die Quellen der Aufklärung werden also in beiden Fällen unstreitig nicht ganz dieselben bleiben können.

Gleichwohl darf noch weiter auch das nicht vergessen werden, daß nie ein einzelner Satz im Recht ganz allein stehe und nie bloß auf ganz einfache Fälle, welche geradezu und mit Ausschluß jeder andern Einwirkung darnach zu beurtheilen wären, anzuwenden sey. Vielmehr muß jeder Satz in Verbindung mit dem ganzen Rechtssystem treten und in dieser Verbindung eingesehen werden, damit eine passende, nicht andern Rechtssätzen widersprechende oder auch durch sie wieder beschränkte, vielleicht gar aufgehobene Anwendung vor sich gehen könne. Eben so muß jedes Gesetz in seinen Gründen und besonders auch in seinen Folgen so vollständig als es nur seyn kann, übersehen werden, weil sonst wieder nicht die zur Anwendung nöthige Auslegung für vollständig geachtet werden kann. Bloße Auslegung ist aber unstreitig alles dieses, weil es nur das Gesetz selbst in seinen Gründen, seiner Verbindung und den daraus hervorgehenden Folgen, in Beziehung auf alle unmittelbar und mittelbar dadurch entschiedene Fälle angeht.

So sind denn wegen diesen Rücksichten die bekann-

---

*) Vergl. Zachariä a. a. O. §. 30.

ten Parömien: Lex clara non eget interpretatione, und ubi obscuritas deest, cessat officium interpretis; keineswe-ges so allgemein gültig als sie auf den ersten Anblick scheinen, indem man sie auf das höchste bloß von dem zuerst genannten, oft aber nur vorbereitenden, Geschäft der Auslegung gelten lassen darf. Nur von diesem mag man sagen: Bey völlig klarem Sinne der Rede und des Ausdrucks im Gesetze wäre entweder bloß das-selbe, was sich darinn findet, der Sache nach zu wie-derholen; oder aber wollte man etwas anders sagen, eine Abänderung des Gesetzes nicht zu vermeiden. Die römischen Gesetze sagen auch wirklich nicht etwas an-ders. Denn ein oft hiebey angeführtes Fragment; Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio *), gehört aüs doppeltem Grunde nicht hieher. Es steht nicht bloß in einem Buch und Titel von Vermächtnissen und hängt unmittelbar in der Stelle, die es enthält mit einer Bestimmung über ein Legat zusammen; sondern es spricht genau genommen nicht von der Auslegung, sondern von der Gültigkeit einer letztwilligen Verordnung und deren Bestreitung: Wenn in den Worten keine Zweideutigkeit sey, so wäre keine Bestreitung einer letzten Willensbestimmung im Recht zuzulassen.

Hierin ist also keine Bestärkung jener Parömien,

---

*) Dig. XXXII. pr. 25. §. 1. (de legatis 3.)

wohl aber in einer andern Stelle eine Abweichung von denselben deutlich vorliegend. Nach ununterbrochener Abschrift einer langen Stelle aus dem prätorischen Edict heißt es: Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus *); und nun folgen mehrere Rückfichten auf Fälle, die sich zwar mit geringer Schwierigkeit aus der Edictsstelle entscheiden und ableiten lassen, aber doch immer nicht ganz ausdrücklich darinn zu ersehen sind. So stimmt denn auch hier wieder die reine und unbefangen beurtheilte Natur der Sache mit dem Verfahren und den Grundsätzen der römischen Rechtsgelehrten auf das treffendste zusammen.

Noch sey indessen eine Erinnerung hier um so weniger übergangen, als gerade diese von selbst vorzüglichen Männern nicht durchaus unverrückt im Auge behalten wird und ohne ihre Beobachtung doch das ganze Verfahren der Auslegung auf die verkehrtesten Abwege führen muß. Der Sinn, nach welchem die Auslegung ausschließend zu forschen hat, ist einzig und allein derjenige, welchen das Gesetz zu der Zeit, da es Gesetz ward, haben konnte; es ist darum jeder Versuch geradezu verwerflich, der darauf hinausläuft, einen Sinn desselben herauszubringen, den die Worte des

---

*) Dig. XXV, 4. pr. 1. §. 11. (de inspiciendo ventre.)

Gesetzes haben könnten, wenn das Gesetz erst jetzt gegeben würde. Freilich erscheint ein solches Verfahren, sobald man es nur durch Worte bezeichnet, sogleich als thöricht; aber es fehlt wahrlich keinesweges an Beispielen, in denen sich ein solches befolgt findet. Der einzige zuläßige Weg bleibt immer, darzustellen, was ursprünglich das Gesetz sagen wollte, und dann, wenn dieser Sinn fest und unabänderlich gefunden worden, zu fragen, ob nun derselbe auf unsre Zeiten Anwendung leide? nie aber ihn so zu modeln, daß doch irgend eine Anwendung davon für zuläßig geachtet werden könne. Diese Erinnerung bedarf aber gleichwohl noch wegen der ganz eigenen Beschaffenheit des Justinianeischen Gesetzbuchs eine besondere Nebenbestimmung. Es ist allbekannt, daß der größte Stoff desselben sich aus frühern Zeiten vor Justinian herschreibe, daß dieser Fürst nicht bloß manches daran habe ändern lassen, sondern daß er auch bey denselben beibehaltenen Worten oft durch bloße Stellung der Fragmente, durch Verbindung mit andern, zuweilen gewiß, häufiger freilich noch für uns spätere Beurtheiler bloß wahrscheinlich, ihnen einen andern Sinn, als sie ursprünglich hatten, eingepflanzt hat. Nun ist aber das Recht, welches bey uns als gemeines Recht aufgenommen worden, bloß in den Justinianeischen Sammlungen, wie sie einmal auf uns gekommen sind, zu suchen. Darum ist denn zum Behuf des gemeinen Rechts wohl ganz unstreitig nicht der alte und ganz ursprüng-

liche Sinn eines Gesetzes, sondern bloß derjenige, den es nach Justinians Bestimmung und Stellung allein haben kann und sollte, ans Licht zu fördern, und hierin die allein zuläßige Auslegung des Justinianeischen oder gemeinen römischen Rechts zu setzen. Freylich ist zu der andern Absicht, bloße Muster von Rechtsbestimmungen zu gewinnrn, welche theils schon jetzt neben dem unmittelbar anwendbaren Studium des gemeinen Rechts ins Auge gefaßt, theils neben seiner neuen gemeinen Gesetzgebung zum einzigen Ziel gesetzt werden kann, die Erforschung des alten Sinns zum Theil unbedenklich zu gestatten, zum Theil wird sie sogar oft allein zum gewünschten Entzweck hinführen.

In Ansehung der Stellen aus dem ältern römischen Recht sey endlich auch, um alle falschen Schlüsse zu verhüten, noch bemerkt, daß die den alten Rechtsgelehrten zugeschriebene interpretatio sich häufig gar nicht auf eigentliche Erklärung beschränke, sondern die ganze durch sie gebildete, aber aus den Gesetzen abgeleitete, Theorie begreife.

VII.

Ein paar Bemerkungen über die gesetzliche Auslegung.

(Vergl. Lehrbuch §. 29. — 31.)

Die gewöhnliche Eintheilung der Gesetzauslegung in gesetzliche und wissenschaftliche, und der ersten wieder in die authentische und Gewohnheitsauslegung, ist als bekannt vorauszusetzen und eben so an ihre allein zuläßigen Bedeutungen nur zu erinnern, nach welchen das auszeichnende der gesetzlichen darin besteht, daß diese Auslegung aus derselben Quelle kommt, aus welcher auch ein Gesetz kommen könnte; die authentische nemlich nicht eben bey einem geschriebenen Gesetze von derselben Person herrühre, von der dieß Gesetz ausging, sondern nur von einer solchen, welche auch ein neues eben so geltendes Gesetz geben könnte; die Gewohnheitsauslegung hingegen auf eben die Art und mit eben den gesetzlichen Erfordernissen entstanden sey, wie sie ein Gewohnheitsrecht zu seiner Gültigkeit bedurfte.

Der Bedenklichkeit, nach welcher es nur eine wissenschaftliche und keine gesetzliche Auslegung geben solle,

weil der Gesetzgeber an die Regeln der Auslegung nicht gebunden, die Gewohnheitsauslegung aber eine Art des Gewohnheitsrechts sey *), ist um so weniger Gewicht beizulegen, da sie von allen Seiten, von welcher man sie prüfen wollte, zerfällt. Schon die römischen Gesetze schreiben auf das deutlichste dem Gesetzgeber im Staat **) und der Gewohnheit ***) eine Auslegung als von ihnen ausgehend zu. Gleichwohl um nie den richtigen allgemeinen Grundsätzen untreu zu werden, sey es frey eingestanden, daß dieß allein nicht beweisen würde, da über richtige Bestimmung wissenschaftlicher Begriffe und genaue Entwickelung der grammatischen Bedeutungen kein Gesetzgeber zu entscheiden im Stande ist, wenn man gleich auch die Beobachtung des Sprachgebrauchs in den lateinisch abgefaßten Gesetzen

---

*) Vergl. Hartleben meditat. ad Pand. spec. 2. med. I. Conradi obs. jus civ. Vol. I. p. 59 sqq. Glück Commentar Thl. I. S. 214. not. 68 - 70.

**) So unter andern Cod. I., 14. c. 9 (de legibus): Siquid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab imperatoris interpretatione patefieri — vergleiche auch die bald genauer zu beleuchtende Verordnung Cod. eod. c. 12. u. a.

***) Dig. 1., 3. pr. 37. (eod.): Si de interpretatione legis quaeratur; inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.

wohl immer voraussetzen muß. Nur wird eben diese Ansicht sich doch auch wieder dazu müssen anwenden lassen, daß man einsehe und zugebe, wie selbst die ausdrückliche Erklärung eines Gesetzgebers, er gäbe ein neues Gesetz, an der Sache und der einzig für sie statt habenden Bedeutung nichts zu ändern vermöge, wenn es wirklich nur das in einem ältern Gesetz schon vorhandene wiederholt oder auch etwas deutlicher aussagt. Eben darum ist es aber auch nicht die rechtliche Gewalt des Gesetzgebers, welche hier entscheiden oder durch ihre Natur oder durch Willkühr eine Auslegung ausschließen kann; sondern es kommt schlechthin alles auf die wirkliche Beschaffenheit der Sache an; und so ist es denn immer Auslegung, sobald das neu ausgesprochene bloß den möglichen Sinn eines frühern Gesetzes deutlicher wiederholt, wenn auch die Folgen der Auslegung der Willkühr des Gesetzgebers untergeordnet bleiben müssen, der sie freilich gestatten und entfernen kann. Daß die authentische Auslegung Gesetzeskraft habe, ist an sich unbestritten und steht auch ausdrücklich in einer mit geschmacklosen rhetorischen Floskeln überladenen Verordnung Justinians*); aber es ist in dieser doch vielleicht

*) Cod. l., 14. c. 12. (de legib.) Cum imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. Quid enim

manches gesucht worden, das wohl, genau genommen, sich darinn nicht findet. Die eigentliche Hauptsache der Verordnung wird sich wohl strenge nur auf folgendes

---

majus, quid sanctius imperiali est majestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat: cum et veteris juris conditores, constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant. §. 1. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere: eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Si enim in praesenti leges condere soli Imperatori concessum est: et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet. Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decuratur? et quare omnes ambiguitates judicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? vel quis legum aenigmata solvere, et omnibus aperire idoneus videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus, tam conditor quam interpres legum solus Imperator juste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus, quia et eis hoc majestas imperialis permisit.

zurückführen lassen. Im Proömium ist gesagt: Ein vom Kaiser nach vorhergegangener Untersuchung, in Gegenwart der Partheien, gefällter Rechtsspruch soll auch in andern ähnlichen Rechtssachen als Gesetz gelten — wegen der Hoheit des Kaisers und weil nach klaren Bestimmungen der alten Rechtslehrer kaiserliche Dekrete Gesetzeskraft erhielten. Darauf schreibt weiter §. 1 vor: Aelterer Zweifel ungeachtet soll eine vom Kaiser, es sey bey welcher Gelegenheit es wolle, geschehene Auslegung eines Gesetzes, schlechterdings gültig seyn. Denn er könne auch selbst neue Gesetze geben und an ihn wenden sich Richter und Beamte, wenn sie Zweifel bey den Gesetzen hätten und sich nicht hinlänglich unterrichtet fühlten, sie zu lösen.

Um nun dieses Gesetz über die authentische Auslegung mit den übrigen Arten der Auslegung doch in Uebereinstimmung zu bringen, setzt man wohl voraus, es spräche bloß von der Erklärung einer Dunkelheit in den Gesetzen, die sich durch Doktrinalauslegung nicht heben ließe*). Diese Beschränkung möchte sich indeß in dem gedachten Gesetz wohl nicht wirklich finden: aber dennoch droht es den übrigen Auslegungen in der

---

*) So drückt sich unter andern Thibaut Theorie 1ste Aufl. S. 9 f. aus; nur freilich beschränkt er sich in der 2ten Aufl. S. 47. bloß darauf zu sagen: Justinian wolle durch dies Gesetz die wahre Auslegung nicht verbiethen.

That keine Gefahr. Nehme man nur das Gesetz blos in seinem einfachen Wortverstande ohne alle Ausdehnung; ein Verfahren, welches die Justinianeische Gesetzgebung ihrer ganzen Natur nach und wegen wiederholter Erklärungen darüber mehr als vielleicht irgend eine andere erheischt! Zufolge einer solchen möchte denn in Beziehung auf andre Arten der Auslegung der eigentliche Sinn dieser seyn: Wenn eine Auslegung vom Kaiser ausgegangen ist, — das Gesetz möge übrigens beschaffen seyn wie es wolle, für sich verständlich nach den Regeln, welche die wissenschaftliche Auslegung zum Zweck führen können, leicht erklärbar, oder nicht; — so soll diese kaiserliche Auslegung schlechterdings allein und ausschließend befolgt werden. Ueber den Fall hingegen, wo keine kaiserliche Auslegung vorhanden ist, sagt das Gesetz nicht das geringste und verbietet folglich auch für denselben keinesweges andre Auslegungen. Darauf läßt sich kein Ausdruck im Gesetz beziehen, es müßten denn die Worte seyn: tam conditor quam interpres legum solus Imperator juste existimabitur. Aber auch diesen kann aus mehr als einem Grunde keine solche Bedeutung beygelegt werden. Einmal sind sie nicht mehr zur eigentlichen gesetzlichen Vorschrift gehörig; sondern erscheinen durch die unmittelbar vorhergehenden Einleitungsworte: explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus, bloß als eine Folgerung aus der Vorschrift, als eine daraus abgeleitete andere Vorstel-

lung derselben Vorschrift; und als solche haben sie denn einen ganz verständlichen Sinn: Nachdem nun (zufolge des früher bestimmten) jene lächerlichen Bedenklichkeiten beseitigt sind; so wird (nunmehr künftig) eben sowohl als Gesetzgeber denn als Gesetzausleger der Kaiser allein anzusehen seyn; versteht sich aus dem vorhergehenden in allen den Fällen, wo er Gesetze gegeben und Gesetze ausgelegt hat, in welchen allen ihm kein anderer den Vorzug streitig machen kann. Hieran kann auch der Zusatz: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus, nichts ändern; denn er heißt wieder einfach: wobey (übrigens) dieß Gesetz dem Ansehen der alten Rechtsgelehrten nichts entzieht, weil auch ihnen die kaiserliche Majestät (ihr Recht) zugestanden hat. Nimmt man nemlich dabey auf den Umstand Rücksicht, daß diese Verordnung vom Jahr 529, also aus der Zeit vor der Verfertigung der Pandekten, sich herschreibt, wo die Schriften der alten Rechtsgelehrten noch unmittelbar galten; so muß man zuvörderst den letzten Zusatz entweder auf die den Zeiten Justinians eigenthümliche, freylich wohl nicht ganz gegründete, Vorstellung von der Berechtigung der einzelnen Rechtsgelehrten zur Ertheilung von Rechtsgutachten beziehen, oder auch allenfalls nach einer Justinian nicht ungewöhnlichen Art sich auszudrücken, auf das sogenannte Citir-Gesetz Valentinians III. In beyden Fällen kann darüber, daß die spätern Kaiser an den Aussprüchen der ältern Rechtsgelehrten ändern könnten, kein Zwei-

fel entstehen. In den Fällen, da dieß nicht geschehen ist, stellt nun Justinian die ältern von den Kaisern ausgezeichneten Rechtsgelehrten mit der kaiserlichen Autorität gleich. Aber auch dadurch können andere Auslegungen, wenn jene beyden Quellen gesetzlicher oder als gesetzlich geachteter Bestimmungen fehlen, wieder nicht für ausgeschlossen geachtet werden. — Nächstdem ist es aber auch wohl bey diesem Gesetz nicht überflüßig, nochmals ausdrücklich zu erinnern, daß, so gewiß der Rechtsgelehrte alles gesetzlich vorzuschreibende und wirklich vorgeschriebene befolgen muß, dieses Gesetz ihn doch nicht zwingen wolle, noch viel weniger aber zwingen könne, etwas das seiner Natur nach keine Auslegung, sondern wirklich abweichende Bestimmung ist, dennoch als Auslegung anzuerkennen und zu beurtheilen. Darum ist denn unstreitig ein abänderndes geschriebenes Gesetz nie als bloße Auslegung zu behandeln und etwa rückwirkend zu erklären, wenn nicht der Gesetzgeber, wie er allerdings kann, es als rückwirkend ausdrücklich vorschreibt, eben so wie eine in der That abändernde Gewohnheit nicht als Gewohnheitsauslegung bloß durch die Erfordernisse einer einführenden Gewohnheit fur bewiesen geachtet werden kann, sondern vielmehr zu einer solchen immer die ganz verschiedenen Erfordernisse der abschaffenden Gewohnheit erheischt werden müssen, wie denn auch nach einer hier offenbar anzuwendenden bekannten Stelle des römi-

schen Rechts*) auch bey einem klaren Irrthum keine Gewohnheitsauslegung denkbar seyn kann.

Daß übrigens eine authentische Auslegung nicht bloß von der Zeit an, da sie gegeben worden, gelte, sondern auch auf alle seit der Kundmachung des erklärten Gesetzes eingetretnen Fälle zu beziehen sey, liegt vollkommen in der Natur der Sache, da das Gesetz selbst doch in einem ihm möglichen Sinne von seiner Entstehung an gelten mußte. Nur kann dieß schlechterdings allein die Auslegung treffen, nicht aber auf das etwa bey Gelegenheit derselben zum Gesetz noch hinzugefügte ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers über die frühere Gültigkeit desselben bezogen werden; denn dieß darf seiner Natur nach bloß als neues Gesetz beurtheilt werden.

Hierüber soll indessen gleichwohl das römische Recht etwas anders bestimmen. Man will in einer Justinianeischen Verordnung einen allgemeinen Satz finden, nach welchem auch das später hinzugesetzte mit dem Gesetze, zu dem es hinzugefügt worden, gleichen Anfang der Gültigkeit haben solle; und man hat dieß auch neuerlich wieder bey Untersuchuugen über die Rückanwendung

---

*) Dig. I., 3. fr 39 (de legib.): Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

der Gesetze geltend gemacht, und gelten lassen.*) Ist dieß aber wirklich der Sinn jener Novelle? Wir wollen sie in ihrem ganzen Zusammenhange betrachten. Die Hauptsache in derselben läßt sich nach dem damit zu vergleichenden Texte**) so zusammenfassen. Im

---

*) Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze (Hannover 1811.) S. 5. Heidelberg. Jahrb. 1812. S.

**) Nov. 19. praefat.: Pervenit ad nos, dubitationem vanam quibusdam incidisse, si, quod sancitum est a nobis de filiis procreatis ante dotalium celebrationem, postea dotalibus factis, non etiam in praeteritum feratur in iis quae non decreto aut transactione sunt terminatae quaestionibus. Nobis utique cum particulariter poneremus leges, expressim in prima constitutione quae hoc sancivit memorantibus, ut sive supersint eis patres, sive defuncti sint, nondum tamen hujusmodi queastiones aut sententiis aut transactionibus susceperunt terminum: omnino ita judicari sicut nostra dicit lex, quam complentes etiam secundam posuimus legem, eadem valere sancientes, etiamsi non post dotes procreentur filii aut procreati moriantur, nihilominus et ante dotes natos legitimos esse, et in hanc quoque secundam nostram constitutionem similiter adjecimus, et ad seniora referri tempora, exceptis illis causis, quas aut judicialis sententia aut transactio terminavit. Sed quoniam quidam post has nostras claras leges audaci mente nostram praesumpserunt male interpretari legislationem et sensum: tertiam coacti sumus exponere constitutionem, per quam

Jahr 529 hatte Justinian bestimmt, daß Kinder, welche vor Errichtung der Dotalurkunden geboren wären,

---

jussimus, si quis legitimam uxorem habens, et legitimos ex ea filios: deinde ea moriente, aut matrimonio repudio soluto, habuerit filios ex aliqua, ad quam nuptiae non interdicuntur: postquam vero hi nati sunt, dotalia confecerit in eam documenta: legitimos etiam ita ei filios existere. Sed quia in ipsa nostra constitutione non adjecimus aperte, valere hujusmodi legislationem, etiam in illis quorum patres adhuc supersunt, aut defuncti quidem sunt, contentio autem neque judiciali sententia, neque amicabili interventione decisa est: hinc quidem arbitrati sunt nos nullatenus velle ea quae in memoratis continentur legislationibus de filiis qui ante celebrationem dotium nati sunt, valere etiam in his qui ante hujusmodi legislationem (πρὸ τῆς τοιαύτης νομοθεσίας) nati sunt, et maxime eo, quod hujus pars in prima et secunda constitutione posita, ablata sit a nobis in Codicis compositione. Quod absurde arbitrati sunt. Iustissime namque et primae et secundae hoc subtraximus constitutioni et tertiae non adjecimus: in particularibus namque positis legislationibus necessarium erat forte hanc accipere in praeterito legislationis relationem: in omni coacervatione legum Codicis cognominis nostri recte abscindere talia proposuimus: quatenus non multitudo superflua in Codice scriberetur. Tertia vero constitutione non adjecimus aliquid de temporibus, cum omnibus manifestum sit, oportere ea quae adjecta sunt, per inter-

mit den nach denselben gebornen völlig gleiche Rechte haben sollen. Er erklärte gleich anfangs, daß sein Hauptaugenmerk dabey auf die gänzliche Beerbung des Vaters ginge. In dieser Verordnung stand ursprünglich, daß sie bey allen den Fällen, wo die darüber entstandenen Streitigkeiten, die Väter möchten leben oder verstorben seyn, durch Entschädigungen oder Vergleiche noch kein Ende erreicht hätten, anzuwenden sey. Im Jahr 530 fand Justinian, wegen einer ausdrücklich von ihm als Veranlassung genannten entstandenen Bedenklichkeit über die Anwendung des genannten Gesetzes,

---

pretationem in illis valere, in quibus interpretatis legibus sit locus. (Επί δὲ τῆς τρίτης διατάξεως ὰ προσεθήκαμεν περί τῶν χρόνων, ὡς α πασι φανερώτατον ὸν χρῆναι τά προσθέντα δι ἑρμηνείας ἐπ' ἐκείνων κρατειν ἐφ' ὧν και τοῖς ἑρμηνευθεῖσι νόμοις γίνεται χώρα.) Cap. I. Quia vero omnino emerserunt quidam et de sic manifestis se dubitare contendentes, vel errantes, hanc adjecimus legem, sancientes in praedictis tribus constitutionibus factam a nobis legislationem valere, in quibus etiam expressim positae a nobis legi adscripsinus: hoc est, sive superesse contigerit talium filiorum patres, sive mori: nondum vero hujusmodi negotio aut decreto aut transactione, finis acceptus est: secundum haec tales causae ad leges a nobis positas deducantur: exceptis illis negotiis, quae contigit ante leges a nobis positas aut decreto judicum aut transactione terminari.

weiter nöthig, zu erkennen, daß daſſelbe auch in dem Fall gelten ſolle, wenn blos Kinder, die vor der Fertigung der Dotalinſtrumente geboren wären, ſich übrig befänden, nach denſelben hingegen keine geboren oder doch wieder geſtorben wären. Auch in dieſer war ihre Gültigkeit auf die frühern Zeiten (ad senior a tempora) ausdrücklich bezogen; blos mit Ausſchluß der ſchon durch Richterſprüche oder Vergleiche beendigten Streitigkeiten. Beide Verordnungen wurden in den Codex Juſtinians*) aufgenommen, aber bey dieſer Aufnahme die beiden Zuſätze über die Gültigkeit in Fällen, deren Verhältniſſe ſchon alle vor dem Geſetz begründet, die aber noch nicht beendigt waren, weggelaſſen. Man fand gleichwohl für einen Fall Zweifel; und dieſe zu löſen erfolgte eine dritte Verordnung**), im Jahr 535 daß, wenn auch jemand in einer frühern wahren Ehe gelebt und aus dieſer Kinder hätte, hierauf aber mit einer andern Perſon, die er geſetzlich ehelichen konnte, Kinder gezeugt, und dann erſt mit ihr Dotalurkunden errichtet hätte, ohne ſpäter Kinder von ihr zu erhalten oder zu hinterlaſſen, die Kinder der zweiten Frau dennoch ganz gleiche Rechte mit den aus der erſten Ehe gebornen haben ſollten. Am Ende dieſer dritten Verordnung wird nun zwar ganz deutlich ausgeſprochen,

---

*) Cod. V., 27. c. 10 et 11, (de naturalib. liberis)

**) Nov. 12. c. 4.

es sey dieß gar kein neuer Zusatz, sondern schon ganz in den frühern Constitutionen enthalten*), aber von der Anwendung derselben auf früher schon eingetretene aber noch nicht erledigte Fälle, wie sie in den ältern Gesetzen angeordnet war, findet sich nicht die geringste Vorschrift. Weil nun eine solche nicht bloß hier fehlte, sondern auch bey der Aufnahme der ältern Verordnungen in den Codex weggelassen war; so hatten einige geglaubt, der Kaiser wolle gar nicht, daß das, was er in den gedachten Constitutionen angeordnet hatte, auch bey denen, welche vor dieser Gesetzgebung schon gebo=ren wären, gelte. Dieß sey aber, sagt nun Justinian in der hier zu betrachtenden Verordnung, eine ab=geschmackte Meynung. Die in den besonders erschie=nenen zwey ersten Verordnungen gemachten ausdrückli=chen Zusatze über die Beziehung auf das vergangene, waren im Codex, der Sammlung aller Gesetze, wegzu=lassen gewesen, damit nichts überflüßiges aufgenommen wurde.

In Bezug auf die dritte Verordnung ist nun fer=ner ein besonderer Grund angegeben, den man für die

---

*) — licentiam lex ei praestat etc. — Venient igitur etc. — — Quid enin aliud decernimus, cum sufficiat legitima et suorum appellatio sub potestate eos ostendere, et dare etiam contra testa=mentum, quae leges praebent, et omnia habere quaecumque hujusmodi appellationem decent?

Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, der als ohnehin geltend vorausgesetzt werde, annimmt. Das in der altherkömmlichen lateinischen Uebersetzung gebrauchte Wort Manifestum erinnert leicht an den für unbestrittnes Recht in Diocletians Gesetzen so häufig gebrauchten Ausdruck: Manifesti juris est, und mußte um so leichter in der einmal genommenen Ansicht bestärken. Hombergk zu Vach hat auch nach dieser einmal vorgefaßten Meynung eine von der Verbindung des Urtextes mehr als die Vulgata abweichende Uebersetzung geliefert, nach welcher denn freilich wohl jeder andre Sinn ausgeschlossen bleibt*). Sollte indessen ein so widersinniger Grundsatz, daß das, was bey Gelegenheit einer Auslegung oder unter deren Vorspiegelung wirklich als neue Bestimmung hinzugefügt worden, in allen den Fällen anzuwenden sey, in welchen das ausgelegte Gesetz statt hätte, das diese neuere Bestimmung aber gar nicht enthalte; — sollte ein solcher der ganzen Natur des Verhältnisses der Gesetze widersprechender Grundsatz nicht etwa bloß in Justinians Vorstellungen zuerst entstanden seyn, sondern bereits von den alten Zeiten her, welche nur durch die reinste Be-

---

*) Tertiae vero constitutioni tempus non addidimus, cum omnibus notissimum sit, ea quae per interpretationem adjiciuntur, in illis obtinere debere in quibus etiam legibus interpretatis locus est!

urtheilung der wahren Verhältnisse sich auszeichnen, seinen Ursprung haben können? Es wäre zwar schon noch der Ausweg übrig, daß man unter den adjectis per interpretationem nicht eben etwas wirklich neu hinzugesetztes; sondern nach dem ganzen Geiste der damaligen Sprache, der durch Präcision und Genauigkeit in allen kleinsten Theilen der Rede gewiß nicht glänzt, — bloß das zwar wirklich in der ersten Verordnung enthaltene, aber jetzt nur in ausdrücklichen Worten hinzugefügte verstünde; wie denn dieß Verhältniß für den unbefangenen Beurtheiler bey den drey hier vorliegenden Verordnungen sich auch wohl deutlich genug ergibt. Aber es ist den Worten nach wohl von gar keinem allgemeinen Grundsatz die Rede; sondern die ganze Periode hat schwerlich keinen andern Sinn als diesen: Zu der dritten Verordnung (επι της τριτης διαταξεως) habe Justinian nichts von den Zeiten (περι των χρονων, de temporibus) hinzugesetzt, weil es für alle sehr offenbar (φανερωτατον) ist (seyn muß,) es müsse das, was (hier, in dieser dritten Verordnung) durch (wirkliche) Auslegung hinzugefügt worden, in denselben (Zeiten, επ'εκεινων — χρονων, in illis — temporibus) gelten, in welchen (εφ'ων) die erklärten Gesetze auch statt haben (wie es in diesen letzten ausdrücklich gesagt war.) Daß manifestum diesen Sinn habe, wird noch bestärkt durch das folgende Capitel, in welchem für alle drey die früher gedachte Anwendung auf die vor den Gesetzen gebornen nochmals bestätigt wird, da man — heißt es

in den Einleitungsworten — de sic manifestis, περὶ τῶν ὕτω φανερῶν — gezweifelt habe, wo denn doch unstreitig bey den beiden ersten Verordnungen die manifesta nicht auf eine Rechtsregel, sondern allein auf die bey der ganzen Gesetzgebung, wie sie nach einander erfolgte, offenbar vorliegenden Umstände bezogen werden können.

VIII.

Ueber die Eintheilung der Auslegung nach der Verschiedenheit des herausgebrachten Sinnes.

(Vergl. Lehrbuch §. 35. 36.)

Wenn es in irgend einer Materie nöthig ist, die Eigenthümlichkeit der Sprache, daß sie sich in allen, nicht bloß zum rein wissenschaftlichen Gebrauch allein erfundenen Ausdrücken und Redensarten, nicht durch die Willkühr einzelner bestimmen und modeln lasse, nie zu vergessen und wieder hierinn das große hell vorleuchtende Beispiel der alten römischen Rechtsgelehrten als Vorbild zu verehren und zu befolgen; so dringt sich diese Nothwendigkeit besonders in der hier behandelten Materie auf; und zwar nicht nur in so vielen einzelnen Punkten, sondern besonders auch in der ganzen Grundansicht derselben.

Nun strebt doch unstreitig, wie schon zum Theil bemerkt und ausgeführt, jeder möglichen Bedeutung und Anwendung des Worts Auslegung in der gewöhnlichen Sprache entgegen, wenn ein ausgelegtes

Gesetz auf Fälle bezogen werden soll, die unter dessen Worten nach ihrem nur irgend denkbaren Gebrauch gar nicht begriffen seyn können. Eine Auslegung kann nie über den möglichen Wortverstand der Worte des Gesetzes gehen; sonst ist sie durchaus nicht mehr Auslegung zu benennen. Gleichwohl ist es jedem Sprachkenner hinlänglich erprobt, wie in allen Sprachen eine Menge Worte leben, welche verschiedene Arten des Sinnes zulassen und in allen diesen vielleicht täglich gebraucht werden, wo denn Nebenumstände des Zusammenhanges in der Rede, des Gegenstandes, worauf sie sich bezieht, der Verbindung mit andern Sätzen, in der sie erscheinen, u. dgl. anzeigen, welcher von denselben eben hier Anwendung zulasse. Mag für jetzt die Art des Unterschiedes von Bedeutungen unberührt bleiben, nach welcher manche Wörter eines mehrfachen gänzlich abweichenden Sinnes fähig sind, deren einer nichts von dem andern unter sich begreift. Eine viel häufigere Abweichung zeigt sich immer darinn, daß die eine Bedeutung zwar alles das einschließt, das eine andere umfaßt; aber außerdem noch sonst manches weitere. So spricht man denn in den gewöhnlichsten Lebensverhältnissen von weiter, enger, weiterer und engerer Bedeutung; und unter diesen läßt sich auch leicht eine vorweisen, die in Vergleichung gegen die übrigen als die gebräuchlichste erscheinen muß. Es sey hier nur mit ein paar Worten an das oft gebrauchte Beispiel des Ausdrucks Kinder erinnert, welcher meistens die

Nachkommen des ersten Grades, aber von beiden Geschlechtern, anzeigt; nicht selten aber auch, selbst in der gesetzlichen Sprache *) alle Descendenten von beiden Geschlechtern, und dagegen wieder, bey Stamm- und Lehngütern gebraucht, leicht bloß die Söhne mit Ausschluß der Töchter, bedeutet. Daß hiernach eine Auslegung, als deren Schlußfolge bloß der gewöhnlichste Sinn eines Worts erscheint, eine andre die mehr, und noch eine andre, die weniger unter sich begreift, zu sondern seye; liegt vor Augen. Welche Benennungen man für diese Arten wählen will, ist deswegen, weil dieß bloß zum wissenschaftlichen Gebrauch erforderlich seyn kann, von geringerer Wichtigkeit; und es ist auch keine bedeutende Bedenklichkeit vorhanden, weshalb man die hergebrachte Eintheilung der bloß erklärenden, der ausdehnenden und der einschränkenden Auslegung nicht beibehalten könnte. Immerhin sey es zugestanden, daß sich nicht bloß die lateinischen Worte dafür *) wohl besser ausdrücken **), daß sich besser deutsche für die angegebenen auswählen ließen; geradezu sind sie doch dem Sprachgebrauch nicht entgegen.

Nur freilich darauf muß zur Verhütung unnützer

---

*) Vergl. Dig. L., 16. fr. 220. (de V. S.)

**) Interpretatio declarativa, extensiva, restrictiva.

**) Thibaut Theorie 1ste Aufl. §. 22.

Verwirrungen und Irrwege fest bestanden werden, daß durchaus nichts Auslegung zu nennen sey, was einen Sinn als endliche Folge darstellt, der unter den Worten nicht begriffen seyn kann; was also über die mögliche Bedeutung der gesetzlichen Worte hinaus die Einwirkung des Gesetzes ausdehnt. Wie man die ausdehnende Auslegung gewöhnlich bestimmte, ist gar von keiner Auslegung die Rede. Die Ausdehnung ist nie Auslegung; eins widerspricht dem andern geradezu. Darum heben in dem so verstandenen Ausdruck ausdehnende Auslegung Beiwort und Hauptwort sich gegenseitig auf; es ist die reinste contradictio in adjecto.

Allerdings brauchte man in frühern Zeiten diesen Ausdruck in dem gedachten unzuläßigen Sinn; und so erklären sich denn eben so leicht die gänzlichen Verwerfungen der oben genannten Eintheilung, die alle den Sinn der wirklichen Ausdehnung voraussetzen *), als manche, zum Theil recht scharfsinnige, Verbesserungen derselben **). Vielleicht macht aber auch diese die durchgreifende Heilart des gänzlichen Wegschneidens weniger dringend.

---

*) Z. B. in Schömann Handb. des Civilrechts B. I. Abhandl. 3.

**) S. z. B. Thibaut Theorie 2te Aufl. §. 7.

Die eben vorgezeichnete genauere Begrenzung des Gebiets der eigentlichen und allein so zu nennenden Auslegung bewirkt auch wohl zugleich, daß die Ursache einer andern Verschiedenheit in Meynungen verschwinde. Man wollte die erwähnte Eintheilung oft bloß für die doctrinelle und nicht für die gesetzliche gelten lassen, weil diese eben so gut geradezu ausdehnen als auslegen könne; man wollte sie auch wieder bloß für die logische und nicht für die grammatische Auslegung gestatten, weil nicht jene, wohl aber diese, bloß an die Worte gebunden sey. Sollten nicht auch alle solche Bedenklichkeiten sich durch die vorstehende Begrenzung von selbst beseitigen? Auslegung bleibt Auslegung, sie mag herkommen vom Gesetzgeber oder Privatmann, sobald nur der durch sie hervorgehobene Sinn bey den Gesetzesworten möglich war. Wirkliche Ausdehnung aber ist nie Auslegung und wenn sie auch vom Gesetzgeber käme und wenn auch dieser ausdrücklich geböte, sie dafür anzusehen. Ein solches Gebot hat sich der geringsten Gültigkeit zu erfreuen; denn es ist widersinnig und hebt sich selbst auf, wenn man durch Befehle Vorstellungen erzeugen will. Einige Folgen der Auslegung kann der Gesetzgeber der Ausdehnung beilegen; aber das kann er besser und gerader, ohne dem Sprachgebrauch Gewalt anzuthun. Eben so dehnt auch die logische Auslegung, ohne ihrer eigenthümlichen Bedeutung zu widersprechen, in keinem Fall über den möglichen

Wortsinn aus und ist folglich hierin durchaus nicht von der grammatischen verschieden. Ueberhaupt kann die so berüchtigte Eintheilung in ausdehnende, erklärende und einschränkende Auslegung mit der andern in gesetzliche und wissenschaftliche und deren weitere Unterarten in keine gegenseitige Unterordnung gestellt werden. Sie beruhen durchaus auf gänzlich verschiedenen Eintheilungsgründen. Die zuletztgenannte theilt nach den Quellen der Auslegung und dem Verfahren bey derselben ab; die erste, hier zunächst beleuchtete, trifft bloß das Resultat des Verfahrens, das Verhältniß des herausgebrachten Sinnes zu den Gesetzesworten. Dieß ist bey jedem Verfahren verschieden, und man muß gleichsam jedes Verfahren sich beendigen und dadurch sich seinen Platz in den andern Eintheilungsklassen bestimmen lassen, ehe nur an dem dadurch hervorgegangenen Erzeugniß die Prüfung angehen kann, zu welcher Art der Auslegung unter den dreyen nach dem gefundenen Sinn gesonderten dasselbe zu rechnen sey.

Noch sey es wegen des Sprachgebrauchs angemerkt, daß man von den aus einzelnen Stellen der Pandekten und des Codex *), welche einzelne Fälle er-

---

*) Z. B. Dig. XXXVII., 12. fr. 5. (si a parente quis manumissus) XXII, 1. fr. 33. (de re judicata) IV, 4. fr. 38. pr. (de minor) XXXVI, 1. fr. 74. §. 1. (ad S. C. Trebell.) und viele andere.

zählen, herausgezogenen allgemeinern Regeln nicht einmal die Benennung einer ausdehnenden Auslegung gebrauchen kann, indem ihre Aufnahme in die Rechtssammlungen keine historische Erzählung, sondern die Erhebung des Falls zu einer Regel in allen ähnlichen Fällen, beabsichtigte und also ihre jetzige Stelle nicht mehr den alten Sinn zuläßt.

IX.

Jede wirkliche, wenn auch noch so sehr ausdehnende, Auslegung ist eine strenge.

(Vergl. Lehrbuch §. 37.)

Was demnach nur nicht Ausdehnung, sondern Aussprechung irgend eines möglichen Sinnes ist, wie viel derselbe auch umfassen mag; ist immer wirkliche, wahre, eigentlich so zu nennende Auslegung. Man kann nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht die geringste Schwierigkeit finden, dieß mit dem Namen einer streng so zu nennenden; einer strengen Auslegung zu bezeichnen. Bekannt genug sind die häufig vorkommenden Regeln im Recht, in denen eine strenge Auslegung (interpretatio stricta) vorgeschrieben wird; wie bey Privilegien, bey korrectorischen Gesetzen und vielen andern mehr. Unverkennbar schließen diese Regeln manches als unzuläßig aus, und so ist es denn höchst begreiflich, daß die Rechtsgelehrten, welche unter ausdehnender Auslegung die Ausdehnung mit begriffen, diese von ihnen so benannte Auslegung in den Fällen, wo interpretatio stricta geboten war, verwarfen, deswegen aber den Namen der strengen Auslegung für die

ausdehnende nicht gelten lassen konnten, sondern wenigstens auf die erklärende beschränkten *). Sie schlossen aber damit zugleich auch den Theil der von ihnen so erweiterten ausdehnenden Auslegung von der strengen aus, der doch einen möglichen Wortsinn, wenn auch einen seltner vorkommenden weitern, anzeigt. Allein eine sehr nahe liegende fernere Schwierigkeit trat ihnen dabey sogleich in den Weg. Strenge Auslegung sollte jeden weiten vielumfassenden Wortverstand vermeiden; und doch verlangten die Gesetze bey Fällen die der strengen Auslegung unterworfen waren, wohl zugleich, daß sie im vollsten Sinne der Worte verstanden werden sollten. Eine der bekanntesten Vorschriften dieser Art findet sich in Ansehung der doch sonst nur strenge auszulegenden Privilegien **). Bey der eben berichtigten Bestimmung von strenger Auslegung ergiebt sich nun sogleich auf den ersten Blick, daß sie allerdings mit einer Ausdehnung der Gesetze über jeden möglichen und dem Sprachgebrauch nach zuläßigen Wortsinn im geradesten Widerspruch steht, aber mit jeder Auslegung, der dabey angenommene Sinn sey

---

*) Z. B. Schömann a. a. O. Thibaut Pandekten 3te Aufl. §. 46.

*) Dig. I. 4. fr. 3. (de conss. princ.): Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet indulgentia prosiliscitur, quam plenissime interpretari debemus.

der allervollste und weiteste, wenn sie nur noch als wahre Auslegung anerkannt werden muß, vollkommen vereinbar ist; und so wäre dann die ganze erwähnte Schwierigkeit auf das leichteste und vollkommenste gehoben.

X.

Ein paar Bemerkungen über Zulässigkeit und Grenzen der Kritik.

(Vergl. Lehrbuch §. 32. 33. 38.)

Alle Bemühungen des wissenschaftlichen Privatmanns um die Bestimmung des wahren Sinnes, den ein Gesetz habe — ein solcher Privatmann ist aber jeder, der nur nicht gesetzgebende Gewalt auszuüben hat, bekleide er auch sonst immer ein Staatsamt, selbst ein sehr hohes, sey er Richter oder was auch sonst — alle diese Bemühungen treffen entweder die Worte zunächst oder sie brauchen andere außer den Worten liegende Thatsachen, folglich rationes legis, zur Erklärung des Gesetzes. Im ersten Fall ist man gewohnt, sie philologische, im zweyten logische Auslegung zu nennen.

Jene beschäftigt sich entweder mit der Festsetzung oder auch Wiederherstellung und Berichtigung der Wor-

te des Gesetzes; und heißt alsdann Kritik, oder aber mit der Bedeutung der einmal feststehenden Rede, wo man sie dann grammatische Auslegung benennt. Es ist vielleicht für die folgenden Bemerkungen nicht unvortheilhaft, an diese freilich bekannten Begriffe ausdrücklich wieder erinnert zu haben.

Die Kritik muß ohne Zweifel für unerläßlich erklärt werden; denn ehe man an ein Entwickeln des Sinns in den Gesetzen denken kann, muß zuförderst feststehen, was denn eigentlich auszulegen sey, wovon man den Sinn zu suchen habe. An eigentliche Auslegung läßt sich nicht eher denken, ehe ein auszulegender Gegenstand gewiß vorhanden ist; und so ist die Kritik in vielen Fällen eine nothwendige Vorarbeit jedes weitern Verfahrens, überhebt sogar wohl, wenn die aufgefundenen Worte vollkommen klar sind, leicht jeder fernern Bemühung, und kann bloß bey offenbar richtigen Gesetzesstellen entbehrt werden, wenn gleich sie auch hier ihre Dienste zur Befestigung, Vertheidigung und Unterstützung der wahren, wenn auch hergebrachten, Lesart zuweilen recht nützlich und förderlich herleihen kann.

Ueber die Grenzen aber, binnen welchen die Kritik ihr Geschäft erlaubterweise treiben könne, hat sich neuerlich zwischen zwey anerkannt scharfsinnigen Männern Thibaut und von Feuerbach ein Streit erhoben, der, wie leicht zu erachten, manche Belehrung

gewähren und zu noch weiterm Eindringen aufreizen muß. Des ersten früher bekannt gemachte Ansicht *) unterwarf der zweite einer besondern Prüfung **); und hingegen vertheidigte der erste wieder seine seitdem berichtigte Meynung ***) ausführlicher ****). Beide Freunde mögen gestatten, daß hier einige kurze Bemerkungen als Resultate des Nachdenkens über ihre Behauptungen und als Vorschläge zu einer Vereinigung derselben vorgelegt werden.

Darüber, daß bey abweichenden Lesarten der Handschriften die bessere ausgewählt werden dürfe, scheint kein Zweifel obzuwalten; aber die streitige Frage wird so aufgestellt: Wenn die vorhandenen Handschriften in einer gewissen Lesart einstimmig sind; darf dann der Rechtsgelehrte diesen feststehenden Text der Gesetze ändern? Um über diese Frage das gehörige Licht zu verbreiten, sey der Versuch gewagt, einiges von beiden achtungswerthen Gelehrten gesagte genauer zu bestimmen und anderes noch hinzuzufügen. Festigkeit der zu befolgenden Grundsätze ist bey diesen Ge-

---

*) Thibaut Versuche Th. I. Abh. 16.

**) Feuerbach civilist. Versuche B. I. Abhandl. 3.

***) Thibaut Pandekten 1ste Aufl. §. 45. 2te Aufl. §. 52.

****) Thibaut Theorie der log. Ausl. 2te Aufl. §. 44 S. 180 — 190.

genständen der Kritik um nichts weniger nöthig als bey andern, da auch bey ihnen die Fußstapfen derer, die sich willkührliches und verwegenes Einreißen und Verändern erlaubten, wohl mit Recht abschreckend warnen. Also

1) nur die wirkliche Herstellung des ursprünglichen Textes kann die einzige Aufgabe für die Kritik seyn; und insofern ist sie kein Theil der logischen Auslegung, noch allein durch die bey dieser geltenden Bedingungen veranlaßt oder gebunden. Bewiesen mag vielmehr das Daseyn eines Fehlers im Texte werden, aus welchen Gründen oder nach welchem Verfahren es wolle; ist der Beweiß nur überzeugend; so ist die Kritik veranlaßt. Sie kann aber bloß suchen, wiederherzustellen, was den Worten nach ehemals da stand und durch Fehler der Folgezeit sich änderte, oder höchstens was der Gesetzgeber in den Worten anders niederschrieb oder niederschreiben ließ als er es wirklich niedergeschrieben wissen wollte.

Weiter aber kann ihr Geschäft als Kritik unmöglich ausgedehnt werden, also nicht so weit, daß selbst Worte, die der Gesetzgeber nicht hineinsetzen wollte ins Gesetz gebracht würden, weil nur sie etwa dem Sinne, den er wirklich bey dem Gesetze hatte, allein anpassend wären. Damit soll keinesweges abgeleugnet werden, daß in einem Fall, wo sich zeigen ließe, das

Gesetz sage etwas anders als der Gesetzgeber sagen wollte, — möge ein solcher Fall auch noch so selten seyn, — dieses Gesetz keine Gültigkeit haben könne. Es ist sogar allerdings zuzugestehen, daß dieser Beweiß der Verfehlung der wahren Absicht oder Meynung des Gesetzgebers bloß durch Gründe außer dem Gesetz und dessen Worten, also durch Gründe, wie sie die logische Auslegung an die Hand gibt, zu führen sey. Allein diese Darlegung, daß der Text dem Willen des Gesetzgebers widerspreche, ist keine eigentliche Kritik, wie der Begriff hier zunächst zu nehmen ist, keine bessernde Wortkritik wenn gleich allerdings eine Kritik in dem Sinne, in welchem dieß Wort mit Prüfung und Beurtheilung gleichbedeutend ist. Die so aufgefundenen Gründe können in bestimmten Fällen unleugbar hinreichen, um das Gesetz, wie es da ist, zu verwerfen; aber sie werden darum noch nicht das wirklich bezweckte sogleich zum Gesetz erheben, eben so wenig als bey Testamenten das beabsichtigte, aber nicht ausgedrückte gelten kann, weil sie ausdrückliche Vorschriften erheischen. Demnach werden sie nie zur Abänderung der Gesetzesworte zuträglich seyn können, wenn gleich seltner Möglichkeiten wegen, das nicht verneint werden darf, daß zwar nicht nach den Aenderungen der Kritik der Text umgeschaffen, wohl aber nach der logischen Auslegung die aufgefundene Regel neben dem Text und mit dessen Hintansetzung als geltend anerkannt werden könne.

Daß übrigens die Kritik zur logischen Auslegung von Thibaut gerechnet werde, ist insofern in seiner Vorstellung vollkommen folgerecht, als er eine Hauptart der logischen Auslegung die Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers setzt, worunter er dessen Meynung versteht, wie schon früher angedeutet worden.

2) Eine Beschränkung der erlaubten Kritik auf den Inhalt der jetzt vorhandenen Handschriften möchte aus mehrern Gründen sich schwerlich bewähren. Es ist allerdings richtig, daß man die Aufnahme des römischen Rechts in Teutschland allein auf die Theile des Rechtsbuchs beschränken muß, die zur Zeit dieser Aufnahme bekannt waren; aber darum nicht auf einen bestimmten Text des Rechtsbuchs. Einen aufgenommenen Originaltext giebt es nicht und gab es nie; darum mag denn die Untersuchung, ob auch selbst ein solcher hätte bindend seyn können, auf sich beruhen. Freilich gibt es einen Text, in dem die meisten glossirten Ausgaben übereinkommen; aber schon dieser ist nicht durchgängig in allen Stellen und in allen Handschriften und Ausgaben derselbe. Nach allbekannten Beobachtungen weicht der Florentinische von diesem nicht selten ab; und auch dieser Text war nicht bloß im fünfzehnten Jahrhundert schon bekannt und benutzt, sondern selbst die Glosse nimmt bereits auf denselben Rücksicht. Noch viel wichtiger aber ist ein anderer Umstand, für den uns vorzüglich von Savigny in seinem Buch

über das Recht des Besitzes so überzeugende Beweise zusammengestellt hat; ein Verdienst dieses Werks, welches fast ganz übersehen, wenigstens lange nicht hoch genug gewürdigt worden. Die ältern Glossatoren und Commentatoren, vorzüglich Azo, haben eine Menge Lesarten aufbewahrt, welche sich in keiner der vorhandenen Handschriften mehr finden und also aus untergegangenen sich herschreiben. Alle diese Lesarten waren in den um die Zeit der Aufnahme noch sehr gebrauchten Werken vorhanden und können also unmöglich als durch die Aufnahme ausgeschlossen angesehen werden. Selbst aber der geringe Schein, welcher noch aus Bologna wegen eines angenommenen Textes ausgehen könnte, verschwindet vor der genauern Aufklärung, welche ganz neuerlich Cramer *) über die Bologinesische Recension des römischen Rechtsbuchs gegeben hat und deren Natürlichkeit sich der Ueberzeugung aufdringt. Man wird sich durch sie veranlaßt finden, folgende Vorstellung von jenem Text anzunehmen. Es hatte sich unstreitig in Bologna zum Behuf der dortigen Lehrvorträge ein ziemlich übereinstimmender Text gebildet, der in den dort für die dorthin strömenden Lehrlinge abgeschriebenen Büchern zum Grunde gelegt ward. Dabey ist indessen doch von keiner Berathung über denselben und von keinem Beschluß deshalb als einer Folge da-

---

*) In der Vorrede zu der Ausgabe des Titels de verborum significatione. Kil. 1811. p. XIII. sqq.

von, die Rede. Dieser Text bildete sich zufällig, wie ihn die Lehrer in ihren Vorlesungen annahmen und auch wohl in einzelnen Stellen, vielleicht auch für manche eben zu fertigende Abschriften durch ihren Rath, angaben und berichtigten. Darum ist zwar vieles allgemein gleichförmige darin vorhanden; aber eine durchgängige Uebereinstimmung in allen Stellen läßt sich um so weniger behaupten, als die unstreitigsten Abweichungen bekannt und, soviel die Handschriften angeht, besonders noch zwischen den bloß mit Interlinear-Glossen und den mit der fortlaufenden Glosse begleiteten vorhanden sind und in der Glosse sowohl als andern Schriften immerfort anderer Lesarten erwähnt, folglich einer ausschließenden Herrschaft eines etwa als allein geltend angenommenen Textes auf das deutlichste widersprochen wird; aus welchem allen denn schon nicht bloß ein wirkliches Wechseln des Textes in manchen Stellen, sondern vorzüglich die Thatsache hervorgeht, daß man die Freiheit der Berichtigung behauptet und sich erhalten habe, an welcher denn vollends von den Zeiten der wiederauflebenden Literatur niemand mehr zweifelte, der mit dem Text selbst sich beschäftigte. So bleibt denn immer jedes Mittel auch hier zuläßig, das nur die Kritik bey irgend einem andern Buch gestatten kann.

3) Jede Verbesserung, welche man als erlaubt anerkennen muß, hat auf ganz gleichförmige Art bey

allen Stellen des Textes statt; und es ist kein verschiedenes Verfahren bey verfügenden Worten und bey andern die es nicht sind, zu befolgen. Nähme man einen solchen Unterschied an; so würde seine Anwendung schon deshalb große Schwierigkeit finden, weil gerade dieß leicht einen Hauptstreitpunkt abgeben kann, ob gewisse Worte für verfügend zu halten seyen. Doch die Schwierigkeit allein kann wohl unbeachtet bleiben; sobald sich eine begründete Veranlassung zur Besserung des Textes ergibt, ist er in allen Theilen auf gleiche Art zu berichtigen; denn er ist immer nur der auszulegende, unmittelbar oder mittelbar gesetzlich bestimmende Text. Die Freiheit zur Berichtigung muß also gleich seyn, eben wie die Verfahrungsart und Gewißheit bey der Aenderung. Hergestellt werde der Text in allen seinen Theilen auf gleiche Weise, mit derselben Festigkeit, aber auch mit derselben Behutsamkeit. Nur eine wirkliche Aenderung des gewiß oder wahrscheinlich ursprünglich niedergeschriebenen oder doch zum Niederschreiben bestimmten Textes läßt sich wohl durch keinen entscheidenden Grund rechtfertigen. Der Eifer, mit dem man wohl hiegegen gesprochen hat, ist ungezweifelt gerecht. Indessen lähmt dieß Ausschließen von dem Geschäft der Kritik sonst kein anderes etwa nöthiges Bemühen, wie oben schon eines solchen möglichen gedacht worden.

4) Ist einmal aus irgend einem Grunde die Feh-

lerhaftigkeit des Textes und also die Nothwendigkeit einer Besserung entschieden klar; so darf man sich wohl nicht auf das Vorhandenseyn einer bessern Lesart in Handschriften des Justinianeischen Rechtsbuchs als auf das einzige zuläßige Hülfsmittel für beschränkt halten. Auf Lesarten, welche aus verlornen Manuscripten durch andere Schriften aufbewahrt worden, ist schon früher hingewiesen, und es fehlt nicht an Beispielen eines vortheilhaften Gebrauchs derselben. Aber auch bey ihnen ist die Grenze gewiß noch nicht zu ziehen. Bekanntlich sind Justinians Sammlungen aus ältern Schriften und Sammlungen geschöpft, von denen doch einiges, wie manche Theile vom Theodosianischen Codex, für sich übrig geblieben sind; und eben so sind auch manche Schriften und Sammlungen noch bis jetzt vorhanden, in denen dieselben Stellen aufgenommen worden, die sich in Justinians Sammlungen wieder finden, wie Alarichs Breviarium, die Vergleichung der mosaischen und römischen Gesetze und sonst noch einiges. Freilich könnte von dem Gebrauch dieser Sammlungen das Verbot Justinians abschrecken, daß man durch Berufung auf die von ihm benutzten Quellen das Ansehen seines Gesetzbuchs zu schwächen bey Strafe nicht versuchen solle. Allein dieß setzt eine für sich richtige und unzweifelhafte Stelle des letzten voraus; und davon ist hier der hier zu betrachtende Fall höchst verschieden. Was Justinian gesagt hat, ist der Annahme nach für sich keinesweges klar; sondern dieß soll erst

herausgebracht und so nicht dieß alte gegen Justinian, sondern für ihn zur Wiederherstellung seines Gesetzbuchs in seinem Sinne gebraucht werden; und im allgemeinen läßt sich wohl voraussetzen, es sey die alte Quelle ungetrübt herübergeleitet.

Allerdings erhebt sich hiebey die Schwierigkeit, daß Justinian selbst erklärt, er habe unzähliches geändert, und daß als Beispiele solcher Aenderungen auch nicht wenige unstreitig bekannt, viele andre aber noch zu vermuthen sind. So unverkennbar aber diese Schwierigkeit beachtet werden muß; so macht sie doch keineswegs den behaupteten Gebrauch gänzlich unzuläßig. Es wird einmal die Bedingung als nothwendig zum Grunde gelegt, daß die Fehler des Textes klar vor Augen liegen, und Versuche zu deren Abhülfe nothwendig veranlaßt seyen. Da ist denn immer eine Vergleichung mit der Quelle sehr dringend herbeigeführt; nur freilich durch sie nicht nothwendig die Verbesserung aufgedrungen, weil eben dieß noch ein Hauptaugenmerk für die kritische Beurtheilung seyn muß, ob nicht eine absichtliche Aenderung der Quelle aus andern Gründen bey Justinian anzunehmen sey. Ist zu dieser Annahme kein Grund; so mag man der Quelle, wenn sie sonst nur paßt, wohl ohne Bedenken folgen.

Aber auch hiemit kann die Zahl der Hülfsmittel für die Kritik noch nicht für geschlossen geachtet werden.

den. Es ist wenigstens keine Ursache abzusehen, warum irgend eins von den bey einem andern Buche anzuwendenden Hülfsmitteln als Beschaffenheit, Schreibart und Abkürzungen der Handschriften, Aenderung der Interpunction, die in den alten Handschriften gar nicht vorhanden war, Trennung und Vereinigung von Worten und Buchstaben, deren genaue Sonderung gleichfalls den ältern Manuscripten nicht eigen ist, Gründe, aus genauer Kenntniß der Sprache, besonders einer bestimmten Zeit, oder der damaligen Sitten hergenommen u. s. w., hier nicht gleichfalls Platz und Wirkung erhalten dürfte.

Vielleicht können diese Bemerkungen beitragen, die vorgedachten abweichenden Meynungen einander zu nähern. In allem obigen sind, wie in den veranlassenden Schriften, bloß vom römischen Rechtsbuch alle Beispiele hergenommen und alle Behauptungen darauf bezogen, weil bey diesem unstreitig die häufigsten Veranlassungen zu einer möglichen Anwendung vorkommen; eine weitere Ausdehnung auf andere Gesetze würde indessen im erforderlichen Fall mit Rücksicht auf die gerade bey ihnen vorkommenden besondern Verhältnisse leicht geschehen können.

XI.

Verhältniß zwischen der grammatischen und logischen Auslegung und Vorzug der einen vor der andern.

(Vergl. Lehrbuch §. 40. — 41.)

Ist einmal ein unbestritten anzunehmender Text, auch etwa nur für den jetzigen Augenblick und bis auf neue Zweifelsgründe, festgestellt; so kommt es dann auf die Auslegung desselben oder auf die Ausmittelung des in seinen Worten enthaltenen Sinns an. Dabey ist dann auf jeden Fall der grammatischen Auslegung das erste Geschäft zu gestatten. Sie beherrscht unmittelbar den Sprachschatz und gibt aus demselben die einzige Bedeutung der Worte, oder auch mehrere solche Bedeutungen an, und in diesem letzten Fall entweder mehrere einander untergeordnete, so daß eine die andere, aber neben ihr noch mehr, in sich schließt, oder mehrere einander gegenseitig ausschließende, so daß mit der Annahme der einen die andre nicht zugleich bestehen kann. Auch bey diesen mehrern kann die Sprachkunde für sich allein zur Auswahl der in jedem Fall beizubehaltenden Bedeutung hinreichen, indem sie etwa

darthut, es sey das mehrerer Bedeutungen fähige Wort doch in der vorliegenden Redensart oder Verbindung bloß in einem Sinne zuläßig. In allen den Fällen, wo auf diese Art strenge und ohne Uebrigbleiben einiges Zweifels von der Sprachkunde entschieden wird, bleibt der Natur nach ihr allein das ganze Geschäft der Auslegung. Denn alles, was hiegegen bestimmt würde, müßte ja einen andern als den einzig zuläßigen Sinn des Gesetzes angeben; und wäre sonach durchaus nicht mehr Entwickelung des in dem Gesetz liegenden Sinnes, nicht mehr Auslegung, sondern Aufstellung eines andern Sinnes, bestehe dieser nun in Aufhebung, Beschränkung oder Erweiterung des einzig zuläßigen. Die Erwägung dieses letzten Falls bleibe also den folgenden Abschnitten aufbewahrt.

Wenn aber auch in den angezeigten Fällen die Arbeit der Auslegung durch die Sprachkunde allein geschlossen wird und daher der logischen Auslegung als eigentlicher Auslegung gar kein weiterer Eingriff zugestanden werden kann; so ist dieß doch in den übrigen Fällen gänzlich anders. Hier finden sich der Voraussetzung nach mehrere mögliche Bedeutungen. Auf einer von diesen muß man ruhen bleiben, oder das Gesetz hätte gar keinen festen Sinn und so wäre auch keine feste Anwendung desselben denkbar. Dieser Sinn als die eigentliche Meynung des Gesetzgebers, als sei-

ne Absicht bey dem Gesetze, als die Vorstellung, auf deren Erregung bey den dem Gesetz unterworfenen seine Absicht ging, muß hervorgezogen werden oder das Gesetz ist so gut als nicht vorhanden, weil es nicht beobachtet werden kann. Verlassen nun bey diesem unumgänglichen Geschäft angenommnermaßen den Ausleger, dem es obliegt, alle Hülfen der Sprachkunde, weil die Hebung dieser Art des Doppelsinns außer der Sphäre ihrer Wirksamkeit liegt; so muß er neben den Worten des Gesetzes, die ihm nicht weiter helfen, andere Hülfsmittel für die Entscheidung aufsuchen; aber dieß kann nicht die Absicht oder Meynung des Gesetzgebers seyn. Eine solche kann nicht als Mittel zu einem Zweck dienen, den sie selbst bey dieser Bemühung allein bildete, sondern Mittel dazu können nur noch die rationes legis, die Ursachen des Gesetzes seyn. Gleichwohl freilich wieder nicht alle oben genannten und erläuterten ohne Unterschied. Es ist dabey keine neue Bemerkung, sondern eine längst anerkannte, daß die Veranlassung des Gesetzes gar keinen nothwendigen Einfluß auf die Erläuterung desselben haben könne. Bestehe sie in einem einzelnen Vorfall oder in mehrern zusammenwirkenden Umständen; was vor dem Gesetz da war, bestimmt dasselbe allein geradezu gar nicht und erklärt es also eben so wenig. Diese äußern Thatsachen oder Begebenheiten wirkten auf des Gesetzgebers Geist und Gemüth, aber eben weil beides menschlich und frey ist, nicht mit einer nothwendigen und schlechthin

einzigen Wirkung. Wie viel von denselben in seine Vorstellungen überging oder aufgenommen; wie viel als Zweck aufgefaßt und gleichsam in solchen verwandelt ward, das ist im allgemeinen durch die Kenntniß der Veranlassung allein nicht zu begrenzen. Allerdings kann die Veranlassung zur Auffindung des Zwecks behülflich seyn; aber es fehlt immer an Beispielen in den ausdrücklich angegebenen Zwecken der Gesetze gar nicht, wodurch es auf einer Seite klar wird, daß manches von der Veranlassung, wovon der Zweck hätte bestimmt werden können, doch in den wirklich beabsichtigten Zweck des Gesetzgebers nicht im mindesten hinübertrat, wie auf der andern Seite, daß in diesen wirklichen Zweck manches aufgenommen worden, wozu keine Veranlassung in den Ereignissen vorhanden war, sondern das eine Nebenvorstellung erst hinzudachte.

Fast eine ganz ähnliche Bewandniß hat es mit den bloßen Beweggründen bey einem Gesetz, die keinen Grund der Entstehung des Gesetzes selbst ausmachen, sondern nur etwa Nebenbestimmungen desselben, die auf irgend eine Art statt haben mußten, so wie sie da stehen, veranlaßt haben. Diese können nun wohl noch zur Auslegung solcher Nebenbestimmungen helfen, aber nie die ganze Auslegung des Gesetzes in seinen Hauptbestimmungen, wenn die Worte verlassen, stützen, weil das Gesetz selbst durch sie und ihrentwegen nicht erzeugt worden ist. Das übrigens aus der Veranlassung, wie

aus den Beweggründen, die andern Ursachen der Gesetze erhellen und bewiesen werden können, und daß jene auf diesem Wege mittelbar, nur nicht ohne die andern Ursachen und unmittelbar, der Auslegung dienen können; soll und mag keinesweges in Abrede gestellt werden.

Dagegen ergibt die einfachste Betrachtung, daß Sinn und Meynung des Gesetzes in unmittelbarer Abhängigkeit vom Zweck und vom Rechtsgrunde des Gesetzes stehen und stehen müssen. Ohne den Zweck wäre das Gesetz gar nicht gegeben; die Handlungen, die das Gesetz vorschreibt, sollen die Ursache seyn, aus welchen der Zweck als Folge und Wirkung hervorgeht; sie müssen also demselben vollkommen angepaßt seyn, wenn die Wirkung erscheinen soll. Deswegen ist denn dieß Einstimmen mit dem Zweck die beste Probe; ob das Gesetz richtig verstanden, und welche von mehrern Arten des Sinnes eben anzunehmen sey; weil nur bey einer Art die vollständige Erreichung des Zwecks zu hoffen seyn kann.

Auf eine ganz gleiche Art wirkt der Rechtsgrund. Ist die eigentlich gesetzliche Bestimmung aus einem solchen als reine Folge abgeleitet; so wird sie hier völlig eben so der Ursache, wie im vorigen Fall als Ursache der Folge, angepaßt seyn und entsprechen müssen. Darum erscheinen denn diese beiden rationes legis als die

eigentlichen und einzigen Hauptmittel der logischen Erklärung, ob gleich der ganzen Natur der Sache nach immer bloß dann erst anzuwenden, wann die grammatische Auslegung nicht vollkommen und fest schon entscheidet.

Es darf hiebey nicht unbeachtet gelassen werden, daß Thibaut dieß Verhältniß der grammatischen und logischen Auslegung umzukehren und die erste der zweiten ganz unterzuordnen scheint, wenn er *) sagt: Was der Gesetzgeber dachte und sagen wollte; soll als sein ausgedrückter Wille behandelt, stets dem Wortverstande vorgezogen und bey dessen Erläuterung benutzt werden. Dieß scheint allerdings die Worte und deren nächsten und unstreitigen Sinn der sonst entdeckten Meynung ganz unterzuordnen, wobey denn schon freilich die oben geschehene Erinnerung Platz greifen müßte, daß diese früher sogenannte Absicht des Gesetzgebers doch aus andern Gründen als den Worten, wenigstens den Worten dieser gesetzlichen Vorschrift, sicher bekannt seyn müßte. Außerdem ist die eigentliche Meynung dieser Stelle doch wohl nur allein auf den Fall einzuschränken, wo es aus andern Gründen außer dem Gesetze gewiß wäre, der wörtliche Sinn des Gesetzes sey nicht des Gesetzgebers eigentliche Meynung; wobey

---

*) Theorie 2te Aufl. S. 45.

denn der Vorzug der grammatischen Auslegung vor der logischen, wie er vorher festgestellt worden, recht wohl als Regel bestehen könnte.

Mit den vorstehenden, doch gewiß der Natur der verschiedenen Auslegungen und ihren gegenseitigen Verhältnissen allein angemessenen, Grundsätzen stimmen denn auch die wenigen im römischen Rechtsbuch uns aufbehaltenen, hierauf sich beziehenden, Bruchstücke zusammen.

Ganz unverkennbar weisen die Rechtsgelehrten deutlich in zweifelhaften Fällen auf die Worte als entscheidend zurück*) und wollen nicht, daß das dadurch feststehende durch Nachforschung nach oft nicht aufzufindenden Gründen umgestürzt werde. **)

Aber sie weisen doch zugleich auf einen die nächsten Wortbedeutungen leicht überschreitenden Sinn hin***),

---

*) Dig. XIV, I. fr. 1. §. 20. (de exercitoria actione — aus Ulpian. libr. 28. ad Edict.): In re dubia melius est verbis Edicti servire.

**) Dig. I, 3. fr. 20. (de legib.): Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. — Eod. fr. 21. Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, aliquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.

***) Eod. fr. 17. Scire leges non hoc est, verba eorum tenere, sed vim ac potestatem.

sie wollen nicht, daß gegen diesen gehandelt werde *), und bestimmen auch Regeln für die Wahl zwischen mehrern Arten des Sinns **). Nach dieser Ansicht verführen denn auch die Rechtsgelehrten. So dehnten sie die Ungültigkeit der Schenkung zwischen Ehegatten und zwischen der Ehefrau und solchen, die in ihres Mannes Gewalt sind, mit Recht auf alle Geschäfte aus, welche zwar nicht Schenkungen genannt und durch einen andern Namen verdeckt, aber in der That doch wirklich Schenkungen waren ***); so halten sie einen

---

*) Eod. fr. 29. Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. — Vergl. Eod. fr. 30. — Eod. I, 14. c. 5. (de legib.) — von Theodos. II. und Valentinian III.): Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat.

**) Dig. I, 3. fr. 18. (de legib.) Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. Eod. fr 19. In ambigua voce legis ea potius est accipienda significatio, quae vitio carèt: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi potest.

***) Dig. XXIV, I. fr. 49. (de donationib. int. vir. et ux.): — Si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit traditio.

Kauf *) und eine Gesellschaft **), die, um zu schenken, eingegangen waren, für ungültig; nicht aber Geschenke, welche zwar an solche oder von solchen gemacht sind, die in des Ehemanns Gewalt stehen, aber zu Gütern oder aus Gütern, an denen dem Ehemann kein Eigenthum zusteht, z. B. aus dem castrensischen Sondergut ***).

---

*) Eod. fr. 7. §. 7.

**) Eod. fr. 32. §. 24.

***) Eod. fr. 5. §. 4.

XII.

Regeln für alle wissenschaftliche Auslegung.

(Vergl. Lehrbuch §. 42. 43.)

Das Geschäft des wissenschaftlichen Auslegers kann nie eher mit Sicherheit anheben, als wenn zuförderst ganz fest vor ihm steht, was er auszulegen habe. Denn nicht ab- oder zuthun soll die Auslegung; nur allein das anders woher gegebene in seinen richtigen und zulässigen Sinn auflösen. Darf er aber nun im Texte selbst kein Wort ändern, weglassen oder hinzufügen, so darf auch natürlicherweise nichts in dem durch Auslegung herausgeförderten Sinn mehr oder weniger seyn als im Text. Ein Zusatz wäre nur entschiedene Ausdehnung, wovon hier noch nicht zu sprechen ist. Aber die entgegengesetzte Seite geht die Auslegung unmittelbar an; und so erscheint denn als die erste Regel:

Bey keiner Art der wissenschaftlichen Auslegung darf irgend ein Wort als überflüßig behandelt werden.

Diese aus dem innersten Wesen der Auslegung fließende und darum für die Auslegung aller gesetzlichen Vorschrifeen geltende Norm bekommt bey dem römischen Recht dadurch noch eine eigne Wichtigkeit, weil Justinian so scharf anweißt, auf das genaueste zu achten, ob nicht etwas verborgen bestimmt sich fände, wovon bald mehr.

Hätte man diese nothwendige Regel besser beobachtet, so würde man unter andern nicht die sonderbare Behauptung aufgestellt finden, es dürfe niemand etwas in aemulationem andrer vornehmen, z. B. bauen; weil er sonst deshalb wohl auf Schadensersatz oder Strafe belangt werden könne, da doch das deshalb zum Grunde gelegte Gesetz*) nichts weiter sagt, als: Ein öffentliches neues Werk zu errichten stehe auch einem Privatmann ohne Genehmigung des Fürsten frey; es sey denn daß es ad aemulationem einer andern Stadt gereiche, (wodurch allerdings öffentliche Unruhen veranlaßt werden können) oder Stoff zum Aufstande gebe u. s. w.

Derselbe Zusammenhang der Sachen führt nun zugleich auf eine zweite Vorschrift, die das Geschäft

---

*) L. 9. fr 3. (de operib. publ.): Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alteris civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat etc.

der Auslegung selbst schon angeht und die grammatische nach dem vorher entwickelten zuerst auffordert:

Von jedem Wort ist der nach Gründen der Sprachlehre allein zulässige Sinn, sobald ein solcher vorhanden ist, anzunehmen und strenge auf diesem zu beharren.

Justinians eben erwähnte Erinnerung geht ohne Zweifel auch hierauf; und es möchten die Beispiele kaum zu zählen seyn, wo die Beobachtung dieser Regel allein Klarheit schafft und Widersprüche hebt.

Erledigen die Bestimmungen der Sprachkunde die Sache noch nicht, sondern bleibt der mehrerwähnte doppelte oder mehrfache Sinn an sich noch möglich; so tritt die logische Auslegung ein. Sie trägt ihren Namen mit Recht; denn sie ist aus der Logik abgeleitet, welche die Regeln für die Ableitung, Anordnung und Verbindung der mittelbaren Erkenntnisse aus der Natur des Erkenntnißvermögens hergiebt. Diese Regeln sind nun hier als bloß technische nicht vollständig zu entwickeln. Aber Grenzen, die sie in Befolgung solcher Regeln nicht überschreiten darf, setzt ihr die Rechtsgelahrtheit theils durch ihr eignes Wesen, theils durch willkührliche Vorschriften.

Aus dem Wesen des Rechts, besonders des Ei-

vilrechts, geht zufolge der vorigen Betrachtungen ganz gerade die Lehre hervor,

daß von mehreren nach den Gesetzen der Sprachkunde möglichen Bedeutungen diejenige den Vorzug haben müsse, welche dem jedesmaligen Rechtsgeschäft am gemäßesten ist.

Soll die Natur des Geschäfts die Rechte desselben vorzugsweise bestimmen; wie viel mehr muß sie die vorhandenen Vorschriften, sobald nur ein solcher Sinn für sie möglich ist, erklären. Uebrigens schreibt ein Pandektenfragment diese Regel, zwar nicht bestimmt in Ansehung eines Gesetzes, aber doch in Beziehung auf jede rechtliche Rede, vor *).

Auf ähnliche Weise fließt aus der Natur einer Rechtsverfassung, welche ganz undenkbar ist, wenn nicht einmal vorhandene Rechte soviel nur möglich, bestehen bleiben, die weitere Bestimmung,

daß (bey einer noch nicht durch die frühern Normen entschiedenen Wahl zwischen mehrern Bedeutungen sodann) diejenige den Vorzug verdiene, wobey keines andern schon bestehende Rechte gekränkt werden.

---

*) L, 17. fr. 67. (de regulis jur.): Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur (oder accipietur) quae rei gerendae aptior est.

Eine positive allgemeine Vorschrift haben wir hierüber freilich nicht; aber wohl gewährt der ganze Zusammenhang des positiven Rechts hier eben so gut als die Natur des Rechts im allgemeinen Unterstützung; und dann fehlt es keinesweges an erläuternden Beispielen des römischen Rechtsbuchs. So bemerkt ein römischer Rechtsgelehrter bey Gelegenheit einer Auslegung einer Stelle des prätorischen Edicts *), wie es sich immer von selbst verstehe, daß eine sogar vom Fürsten ertheilte Erlaubniß nie so weit gehe, daß andern dadurch Unrecht zugefügt werde**), falls dies wenigstens nicht ausdrücklich gestattet worden***).

---

*) XLIII, 8. fr. 2. pr. (ne quid in loco publico vel itinere fiat — aus Ulpian. lib. 68. ad Edictum): Praetor ait, ne quid in loco publico facias, inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur: praeterquam quo lege, SCto, edicto, decretove principum tibi concessum est; de eo, quod factum erit, interdictum (non) dabo.

**) Fr. 2. cit. §. 10. Merito ait praetor, qua ex re quid illi domini detur: nam quotiensque aliquid in publico efiri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat: et ita solet princeps, quotiens aliud novi operis instituendum petitur, permittere.

***) Fr. 2. cit. §. 16. Si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco aedificet: non est credendus sic aedificare, ut cum incom-

Ausdrücklicher findet sich in den römischen Gesetzen eine andere Regel angegeben, von welcher sich eher zweifeln ließe, ob sie nothwendig aus der Natur jedes Rechts flösse; nemlich

daß (von sonst noch zweifelhaft bleibenden) der mildeste und billigste Sinn zu befolgen sey.

Freilich ist es nun nicht bloß möglich, sondern auch in mancher alten Gesetzgebung entschieden, selbst in einigen neuern ziemlich angenommen, daß auf Billigkeit gar nicht gesehen, sondern alles nach strengem Recht beurtheilt werden solle. Indessen ist Völkern die einmal so weit gebildet sind, daß nicht bloß strenge Kriegszucht sie zähmt oder kärglicher Ackerbau nährt, sondern denen fesselloser Spielraum im freyen Verkehr gewährt werden muß, die Begünstigung der Billigkeit im Recht fast nicht zu verweigern; und unser gemeines Recht spricht sich darüber sehr verständlich aus. Sollte bey einer Stelle desselben *) wegen der Ueberschrift auch noch der Zweifel statt finden können, ob sie bloß auf die Auslegung von Vermächtnissen zu beziehen, (wogegen allerdings die Stellung derselben unter die

---

modo alicujus fiat: neque sic conceditur, nisi forte quis hoc impetraverit.

*) L, 17. fr. 56. (de reg. jur. — aus Gaj. libr. 3. de legatis ad Edictum urbicum): Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.

Rechtsregeln überhaupt einigen, wenn auch nicht alles entscheidenden, Gegengrund abgeben möchte); so enthält eine andre deutlich sprechende gar kein Moment zu einiger Beschränkung*). Bey einer damit meistens zusammengestellten kaiserlichen Verordnung, ließe sich freilich noch fragen, ob in derselben nicht bloß die Meynung dahin ginge, die Gerechtigkeit und Billigkeit gegen das alte römische strenge Recht zu begünstigen, zumal da sie von dem neuerungssüchtigen Constantin sich herschreibt**).

Neben diesen allgemeinen Vorschriften finden sich nun noch andere besondere, nach welchen vorzüglich in dunkeln Sachen***) bey Solennien****), und in

---

*) Eod. fr. 90. (aus Paul. lib. 15. Questionum): In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit.

**) Cod. III., 1. c. 8. (de judiciis — von Constantinus und Licinius): Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem.

***) Dig. L, 17. fr. 9. (de R. J.): Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

****) Eod. fr. 183. Et si nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas eviden poscit, subveniendum est.

Bayerische Staatsbibliothek München

Strafsachen *) die Billigkeit befolgt und nach derselben ausgelegt werden soll.

Entscheiden die bisher angegebenen Regeln nicht schon hinlänglich; so können nun die verschiedenen Ausdehnungen des Sinnes in Betracht kommen; und da ist denn von der ausdehnenden Auslegung freilich im allgemeinen weniger zu sagen. Entscheidet die grammatische Auslegung nach den ihr zu Gebot stehenden Gründen durchgreifend für den weitern oder weitesten Sinn eines Gesetzes; so ist gewiß dieser allein zu befolgen; und hier beschränkt denn auch keine juristische Regel, wie bey der Betrachtung der Privilegien unter andern durch Beispiele erhellen wird. Legt die grammatische Auslegung der logischen das weitere Geschäft in die Hände; so ist allerdings Behutsamkeit nöthiger, damit man nicht unter dem Scheine der Auslegung wirklich ausdehne; aber dieß kann doch rechtsgültig nicht hindern, daß man unter mehrern zuläßigen Bedeutungen nicht auch die ausgedehnteste für die hier begründete erklären sollte, wenn eine solche Bedeutung unter verschiedenen nach grammatischen Regeln gleichförmig möglichen sich findet und dann die für die

---

*) Eod. fr. 155. §. 2.: In poenalibus causis benignius interpretandum est. — Dig. XLVIII., 19. fr. 42. (de poenis): Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae.

Bayerische Staatsbibliothek München

Wahl derselben entscheidenden und zuläßigen Gründe, wie sie früher (unter XI.) aufgeführt sind, wirklich anerkannt werden müssen. Wenn also gleich der Macedonianische Senatsschluß den Worten nach nur Darlehne in Geld, und nicht in Getreide, Wein und Oel, für ungültig erklärte; so nahm man doch mit Recht diese letzten, wenn das übergebene verkauft, und das gelößte Geld als Darlehn behalten und später zurückgezahlt werden solle, für wirkliche Gelddarlehne, die in fraudem legis geschehen wären *). Genauere Regeln aber sind bey der einschränkenden Auslegung zu befolgen. Mit Recht stellt man dabey an die Spitze,

daß einschränkend zu erklären im allgemeinen unerlaubt sey.

Die Befugniß der grammatischen Auslegung kann diese Vorschrift gar nicht beengen wollen. Von einzelnen Worten mag auch diese Auslegung wohl einen engern Sinn, als den gewöhnlichen für ein bestimmtes Gesetz angeben; aber für jedes Gesetz im Ganzen erkennt sie aus Sprachgründen nur einen Sinn als den einzig natürlichen, der vollständigen Rede angemessenen, an und dann erscheint sie unstreitig in so

*) XIV. 6. fr. 9. §. 2. (de SC. Maced.)

weit nicht als einschränkend, sondern rein erklärend und ausſprechend.

Sobald ſie aber wieder ihr Amt an die logiſche Auslegung abtreten muß; ſo legt ſie dieſer mehrere mögliche Arten des Sinnes vor, die nun die Wahl derſelben auffordern; und da iſt denn die eigentliche Aufgabe für dies zweite Geſchäft ſo zu faſſen; Sind unter dem auszulegenden Geſetz mehr oder weniger Fälle, auf welche es gehen könnte, befaßt? iſt daſſelbe auf gewiſſe Fälle, die nach einem andern Sinne darunter begriffen werden könnten, nicht anzuwenden?

Hier kommt nun wieder alles auf die verſchiedenen Arten der rationum legis, auf die richtige Einſicht in jede eben ſtatt habende, und auf die oben ſchon geſonderte genaue Bedeutung der beiden Regeln über den Einfluß jener rationum auf die Auslegung an. Da muß denn gleich zufolge der frühern Betrachtungen Veranlaſſung und Beweggrund der Geſetze als nach unmittelbarer Einwirkung gänzlich einflußlos auf irgend eine Beſchränkung erſcheinen; und alles iſt einzig auf die noch übrigen rationes legis, den Zweck und den Rechtsgrund, zu begrenzen.

Gleichwohl muß man auch bey dieſen beiden ſich vor jeder leichtſinnigen Anwendung ſehr verwahren.

So ist ein Zweck des Gesetzes durchaus nur in einer solchen Ansicht zu nehmen, wie er bey einer allgemeinen Regel denkbar ist. Nur bey einer ausgebreiteten Herrschaft und Befolgung der Vorschrift läßt sich meistens des Zwecks Erreichung denken. Darum mag denn wohl von solchen Fällen, wo diese Erreichung gänzlich undenkbar ist, eine entgegengesetzte bald anzustellende Betrachtung etwas anders lehren; aber deshalb ist doch keine Ausnahme zu gestatten für Fälle, in welchen ganz besondere und außerordentliche Eigenschaften oder Umstände bloß eine große Unwahrscheinlichkeit der hier nöthigen Erreichung herbeiführen. Dieß ist in einigen allgemein sprechenden Pandektenstellen*) mit gemeint, wenn gleich sie dem nächsten Wortsinn nach mehr historische und politische Bemerkungen enthalten; aber sehr klar belegen es andre Fragmente durch Beispiele in Beziehung auf einzelne Lehren. So besonders beym Macedonianischen Senatsschluß. Dort ist gleich anfangs angegeben, wie dieser neben der einzelnen Veranlassung durch Macedo's Missethaten auch von der Betrachtung herbeigeführt sey, weil oft derjenige Stoff zum Uebelthun bösgesitteten Menschen gewähre, der ihnen Gelddarlehne — gäbe**) worinn zu-

---

*) Dig. I. 3. fr. 3 — 6. besonders fr. 8 (de legib.): Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.

**) Dig. XIV. 6. fr. 1. pr. (de SCto Macedon.): —

gleich der Zweck des Gesetzes sich deutlich ausspricht. Hieraus ist denn nachher zuförderst die Folge abgeleitet, daß es keine Ausnahme bewirken könne, wenn ein Hausſohn hohe Würden, selbst das Consulat, bekleide *); unstreitig aus dem Grunde, weil, wenn auch die ertheilte Würde für die meisten eine Vermuthung guter Gesinnungen und fester Sinnesart herbeiführe, doch nicht jede Möglichkeit der Sinnesänderung oder einer versteckten ausgeschlossen ist, also nur allgemeine Gültigkeit die beabsichtigte gute Folge zu bewirken vermöge. Auf gleiche Weise kann auch eine — nicht etwa gleich anfangs beabsichtigte und wohl gar ausgedrückte, sondern erst nach aufgenommenem Darlehn später geschehene — gute Verwendung des Darlehns die Einwirkung des Senatsschlusses aufheben, weil dadurch die anfangs noch ungewisse und also immer leicht üble Anwendung gar nicht ausgeschlossen wird **).

---

cum — saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam — incertis nominibus crederet.

*) Eod. fr. 1. §. 3.

**) fr. 9. §. 2: Hoc SCtum et ad filias quoque familiarum pertinet. Nec ad rem pertinet, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse: — nec interest, consumpti sint nummi, an exstent in peculio.

Am wenigsten aber ist dann einer einschränken den Auslegung, welche also dem Gesetz einzelne Fälle entziehen will, Raum zu geben, wenn dasselbe unstreitig ein Rechtsgrund, also etwa ein allgemeiner rechtlicher Grundsatz, stützt und ein solcher noch besteht. Eben aber bey diesem Verhältniß kann wieder dann ein Schein irreführen, wenn etwa mehrere Gründe in einem Gesetz ausdrücklich angeführt sind und deren einer in einem bestimmten Fall ohne Anwendung wäre. Ein bekanntes Beispiel hierüber ist wieder durch eine Nebenbestimmung der Lehre von der Ungültigkeit der Gelddarlehne an Hauskinder herbeigeführt, das sich vielleicht nach den vorher versuchten Erläuterungen noch einleuchtender würdigen läßt. Daß ein Gelddarlehn welches ein in Kriegsdiensten stehender Hausssohn aufgenommen, nicht für ungültig zu achten, sagt mit vollem Recht Justinian und fügt dabey hinzu: es sey auch kein Unterschied zuzulassen, wozu das Darlehn gegeben oder wo es verwandt worden sey. Denn in den meisten Artikeln des Rechts seyen die Hausssöhne in Kriegsdiensten den Menschen nicht unähnlich, die unter keiner Gewalt ständen; und der Vermuthung nach glaube man nicht, daß irgend ein Soldat Geld für etwas anders, als für Kriegsdienstsachen erhalte und verwende *).

*) Cod. IV, 28. c. 7. §. 1. (ad SCtum Maced.): Sin autem miles filius familias pecuniam creditam acce-

Weil man nun die in neuern Zeiten gewöhnlichere Bedeutung von praesumtio für Rechtsvermuthung annahm und durch eine allerdings seltsame Verwechselung die Rechtsregeln, welche die Gültigkeit von Rechtsvermuthungen für einen einzelnen Fall bestimmten, auf Vermuthungen, welche Gesetze veranlaßten, unbedingt anwendete; so stellte man wohl die Behauptung auf, das Gesetz sey auf die Fälle nicht anzuwenden, in denen es außer Zweifel gesetzt wäre, daß das Darlehn nicht auf Kriegsdienstsachen verwendet worden *); ganz nach dem Verfahren, wie ein Beweiß gegen Rechtsvermuthungen im einzelnen diese entkräfte. Mit Recht ist dagegen schon bemerkt worden, daß der erste von beiden im Gesetz genannten Gründen noch übrig bleibe **). Aber freilich erscheint die Verirrung in der gegenseitigen Behauptung dadurch noch auffallender, daß Justinian ganz ausdrücklich in der Vor-

---

perit, sive sine mandato, sive consensu, vel voluntate, vel ratihabitione patris, stare oportet contractum: nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, vel ubi consumptae sint. In pluribus enim juris articulis filii familias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui juris sunt: et ex praesumptione omnis miles non creditur in aliud quicquam pecuniam accipere et expendere, nisi in causas castrenses.

*) Struben rechtl. Bed. B. II. Band 125.

**) Thibaut Theorie S. 104 ff. — n. Aufl. S. 110.

schrift selbst sagt, es solle gar kein Unterschied dabey aus Rücksicht darauf zugelassen werden, wozu das Geld verwandt worden. Dennoch läßt sich auch von einer andern Seite noch eine bestimmtere Aufklärung aus allgemeinern Ansichten hierauf hinleiten. Der zweyte Grund kann unmöglich für den Zweck so wenig als für den Rechtsgrund des Gesetzes angesehen werden; er ist nur als Beweggrund anzusehen und um so weniger entscheidet ein solcher, der an sich die Gültigkeit des Gesetzes nie bedingt, durch seine Abwesenheit über dessen Anwendung. Dagegen ist der erste Grund, der Hausssohn sey in Ansehung des castrensischen Sonderguts Hausvater, der allgemeine rechtliche Grundsatz, aus dem das von Justinian hier ausgedrückte Gesetz gelten würde, wenn es auch nicht wörtlich im Gesetzbuch stände; er ist der Rechtsgrund und da dieser auch in dem erwähnten Falle gleichförmig besteht; so besteht zugleich dessen Folge, das erwogene Gesetz.

So behutsam nun aber auch die einschränkende Auslegung zugelassen werden muß; so ist sie darum doch nicht für jedes Verhältniß der Gesetze zu den unter sie zu subsumirenden Fällen unzuläßig; vielmehr wird sie durch manches Verhältniß erfordert. Auch hier entscheidet Zweck oder Rechtsgrund des Gesetzes allein.

Ist der zuverläßig gewisse Zweck des Gesetzes in einem bestimmten Fall gar nicht zu

ereichen; so kann dieser Fall nicht unter dem Gesetz begriffen seyn.

Hierüber geben uns wieder die römischen Rechtsgelehrten belehrende Beispiele, wovon freilich einige jetzt als veraltet anzusehen sind, nicht aber alle.

Nach der lege Aelia Sentia sollte kein Patron seinen Freigelassenen durch einen Eid vom Heirathen abhalten, bey Verlust seines Patronatsrechts mit allen Vortheilen desselben für sich und seine Kinder *). Es konnte bey diesem aus den Zeiten des ersten Augustus herstammenden Gesetz über den Zweck desselben kein Zweifel seyn; er ging bloß auf Beförderung der Bevölkerung, wie denn Paulus auch in seinem Commentar über den Papischen Volksschluß sich darauf bezieht. Wer findet nun die Beschränkung der Anwendung des Gesetzes nicht gänzlich folgerecht, daß ein von einem verschnittenen Freigelassenen erheischter Eid dieses Inhalts unter diesem Gesetz nicht stehe, indem ein solcher Freigelassener nicht Kinder aufziehen könne? **)

---

*) Dig. XXXVII, 14. fr. 15. (de jure patronatus — Paulus libr. 8. ad legem Juliam et Papiam.)

**) Eod. fr. 6. §. 2. (aus Paul. libr. 2. ad legem Aeliam sentiam): Quamvis nulla persona lege excipiatur, tamen intelligendum est, de his legem sentire qui liberos tollere possunt: itaque si castratum li-

Auf ähnliche Weise wird die Stelle im Edikt, daß kein Freigelassener seinen Patron ohne Erlaubniß des Patrons vor dessen Tribunal fordern dürfe, obgleich das Edikt zu der deshalb anzustellenden Strafklage keiner vorläufig erforderlichen Untersuchung namentlich gedenkt, doch nur mit deren Voraussetzung erklärt, weil dadurch der Beschimpfung des Patrons durch den Freigelassenen vorgebeugt werden solle. Eben darum aber würde der untersuchende Prätor nicht bloß schon bey sehr heftigen Injurien des Patrons die Verrufung und selbst die Anstellung einer ehrenrührigen Klage gegen ihn gestatten*), sondern auch selbst die ohne Gestattung geschehene Verrufung bey nicht vollendeter Beschimpfung oder bey der Einwilligung des Patrons für unstrafbar erklären**).

---

bertum jurejurando quis adegerit, dicendum est, non puniri patronum hac lege.

*) Dig. II, 4. fr. 10. §. 12. (de in jus vocando — aus Ulpian. libr. 5. ad Edictum): Praetor ait, in jus nisi permissu meo ne quis vocet (vergl. Eod. fr. 4. §. 1.) permissurus enim est, si famosa actio non sit, vel pudorem non suggilat, qua patronus convenitur vel parentes. Et totum hoc, causa cognita, debet facere: nam interdum etiam ex causa famosa, ut Pedius putat, permittere debet patronum in jus vocari a liberto: si cum gravissima injuria adfecit, flaggellis forte cecidit.

**) Eod. fr. 11. (Paulus libr. 4. ad Edictum): Quam-

Anwendbar auch in unsern Zeiten ist aber ein anderer Fall. Die bekannte Trauerzeit, binnen welcher eine Wittwe nicht heirathen darf, ist zu dem Zweck angeordnet, damit keine Ungewißheit über die Abstammung eines vielleicht in derselben noch zu erwartenden Kindes von dem verstorbenen oder neu angeheiratheten Ehemann entstände. Man folgert also mit Recht, daß eine Ehefrau nach der Geburt eines Kindes binnen dieser Zeit sogleich wieder heirathen könne*), indem an Erreichung jenes Zwecks durch längeres Warten gar nicht mehr zu denken sey.

Auch ein solches Beispiel enthalten die Gesetze, wo der in dem Gesetz selbst ausgedrückte Zweck doch wieder erst beschränkt verstanden werden muß, damit das Gesetz in seiner Anwendung eingeengt werde. Wenn denen welche ein Interesse dabey haben, eine Klage auf Vorzeigung einer Sache gestattet ist; so soll

---

vis non adjiciat praetor, causa cognita se poenale judicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam jurisdictionem: veluti si poeniteat libertum et actionem remittat, vel si patronus vocatus non venerit, aut si non invitus vocatus sit: licet Edicti verba non patiantur.

*) Dig. III, 2. fr. 11. §. 2. (de his qui notantur infamia — aus Ulpian. libr. 6. ad Edictum): Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse se nuptiis collocare; quod verum puto.

man doch nicht an den Worten hängen, sondern sie nach ihrem Sinne nehmen; und darum nicht fremde Rechnungen oder Bücher fordern, weil man durch deren Lesung und Einsicht gelehrter und besser werden könnte *).

Kaum ist es nöthig noch hinzuzufügen, daß falls durch ein Gesetz mehrere Zwecke erreicht werden sollen, keiner derselben in solchen Fällen mehr statt haben müsse, von denen man des Gesetzes Einwirkung ausschließen will, weil jeder einzelne für sich bestehende, sobald er vorhanden ist, sie schon hinlänglich veranlaßt.

Was bisher vom Zweck ausgeführt worden, gilt eben so auch vom Rechtsgrund.

In den Fällen, wo der das zu beurtheilende Gesetz stützende Rechtsgrund nicht anzuwenden ist, hat das Gesetz keine Anwendung und ist in Absicht auf dieselben zu beschränken.

So sind es unstreitig allgemeine Rechtsgrundsätze, daß zwar niemand sich ohne Recht mit des andern Schaden bereichern, aber eben so wenig auch zum Schadensersatz gegen andre als weil er selbst die Schuld

---

*) Dig. X. 4. fr. 19. (ad exhibendum) — vergleiche auch Dig. XXVII, 1, fr. 12. §. 2. (de excusat).

des Schadens trägt oder sich mit des andern Schaden bereichern würde, verpflichtet sey, wobey natürlich immer die hier nicht Einfluß habenden Fälle willkührlicher Uebernahme des Schadens oder des Eintretens für andere Menschen und Sachen ausgeschlossen sind *). Nun bestand ein unter Hadrian abgefaßter Senatsschluß, daß nach angenommener Erbschaftsklage dem Kläger alles das gewährt werden müsse, was er gehabt haben würde, wenn ihm zur Zeit der angestellten Klage die Erbschaft herausgegeben wäre. Dieses beschränkte man aber, obgleich die Worte des Gesetzes unmittelbar dazu keine Veranlassung gaben, bey einem Absterben von Thieren bloß auf den Fall, wo der Beklagte mit vollem Bewußtseyn der Widerrechtlichkeit den Proceß geführt und die Herausgabe aufgehalten hatte, und schloß den Fall davon aus, wo der Besitzer von dem Recht des Gegentheils nicht überzeugt war, indem sonst der letzte entweder den unverschuldeten und ihm nicht zu gut gekommenen Abgang an der Erbschaft ersetzen oder aber aus Furcht vor dieser Gefahr sein Recht geradezu unvertheidigt lassen müßte **).

---

*) S. mein Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 417. ff.

**) Dig. V, 3. fr. 40. pr. (de hereditatis petitione):
Illud quoque, quod in Oratione Divi Hadriani est: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est: quid

Allein auch hier ist wieder eine ähnliche Erinnerung, wie beym Zweck, hinzuzusetzen, daß man eine aus mehr als einem Rechtsgrunde abgeleitete Regel nicht darum für aufgehoben oder beschränkt ansehe, weil ein Rechtsgrund nicht mehr gelte, wenn nur noch ein andrer besteht. Mit Recht erinnerten dieß, nur freilich nicht mit ausdrücklicher Beziehung auf den Rechtsgrund, schon Weber *) und Thibaut **) in Ansehung des Gesetzes, wodurch Verzugszinßen wegen eines versprochenen Geschenkes für unstatthaft erklärt werden, weil dieß die höchste Billigkeit fordere, und überdem noch die Schenkung nicht zu den contractibus bonae fidei, bey welchen auch auf nicht versprochne Nebensachen gesehen werden konnte, gehöre ***). Un-

---

enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.

*) Weber über nat. Verbindl. §. 99. not. 4.

**) Thibaut Theorie §. 18. S. 106. — neue Aufl. §. 25. S. 111.

***) Dig. XXXIX, 5. fr. 22. (dd donationib.): Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud pro-

streitig ist die letzte willkührliche Absonderung und Unterordnung der Contrakte jetzt ohne allen Bestand; aber der aus der Natur der Schenkung hervorgehende andre Grund besteht nach wie vor und mit ihm dieß Gesetz in seinem ganzen Umfange.

Diese durch das Wegfallen des Zwecks oder Rechtsgrundes herbeigeführte Einschränkung des Gesetzes wird offenbar noch mehr gefordert,

wenn die Anwendung des Gesetzes in bestimmten Fällen gerade das Gegentheil des bey demselben beabsichtigten Zweckes bewirken würde.

Mehr als eine Stelle der Justinianeischen Rechtssammlungen *) untersagt darum die Anwendung von Ge-

---

misit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est: maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

*) Dig. I., 3. fr. 25. (de legib.): Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducamus (producemus) ad severitatem. — Cod. I. 14. c. 6. (de legib. — von Theodos. II. und Valentinian III.): Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri — Cod. IV., 21. c. 19. in f. (de fide instrumentor): — cum hoc, quod pro quibusdam

Gesetzen, deren Zweck ein bestimmten Personen zu schaffender Vortheil ist, in solchen Fällen, wo sie zum Nachtheil derselben Personen, deren Vortheil beabsichtigt war, gereichen müßte, welches besonders bey Rechtswohlthaten leicht eintreten kann. Mit vollem Grunde wendet man darum auch in den neuern Zeiten die Ungültigkeit der weiblichen Intercessionen nicht bey Handelsfrauen und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht für den Minderjährigen an, welcher Meister in einem Gewerbe geworden und in Rücksicht auf dasselbe Geschäfte geschlossen hat. Eben so erkannte auch die römische Rechtsgelahrtheit schon die Vergleiche über Unterhalt auch ohne gerichtliche Bestätigung für vollkommen gültig, welche zum unstreitigen Vortheil des zu ernährenden gereichten *).

Am einleuchtendsten ist nun freilich die Einschränkung alsdann veranlaßt, wenn etwa die Gesetze selbst sich auf einen entgegenstehenden Zweck oder Rechtsgrund berufen, der als Ausnahme die Anwendung des entgegenstehenden um so mehr einschränken muß. So ist

---

introductum est, inferre eis jacturam minime rationi conveniat aequitatis. — Dig. L. 17., fr. 110. §. 4. (de reg. jur.): Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur.

*) Dig. II. 15. fr. 8. §. 6. 24. et 25. (de transact.)

es allerdings Regel, daß der unbeauftragte Geschäftsführer auch alles das wieder fordre, was er für den Geschäftsherrn aufgewendet hat, das aber nachher durch Brand oder Einsturz untergegangen ist. Indessen wird dieser Zurückforderung für den Fall nicht statt gegeben, da Brand oder Einsturz durch des Geschäftsführers Schuld entstanden sind. In diesem Fall gelte ohnehin die Regel, daß er dann selbst zum Ersatz verbunden sey; folglich fließe daraus, daß er nicht Ersatz fordern könne*).

Eben so gewiß ist auch die einschränkende Auslegung alsdann hinlänglich veranlaßt,

wenn ohne sie ein Widerspruch zwischen den Gesetzen nicht zu umgehen wäre.

So war gegen Zollbedienten, die mit Gewalt etwas genommen hatten, eine besondere Klage durch das Edict begründet. Dadurch aber konnte man die andern Klagen aus gewaltsamer Wegnahme u. dgl. nicht für ausgeschlossen halten, weil es widersinnig wäre, die Zollbedienten besser als andere zu behandeln **).

---

*) Dig. III, 5. fr. 22. (de negotiis gestis): Sedita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina, vel incendium, sine vitio ejus acciderit: nam cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit: absurdum est, eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi.

**) Dig. XXXIX. 4. fr. 1. §. 4. (de publicanis).

Ein anderes Bruchstück sagt freylich ohne alle Einschränkung: Zwischen Faustpfand und Hypothek mache bloß der Schall des Namens einen Unterschied *). Daß aber in der Innhabung ein Unterschied obwalte, ist allbekannt. Diesen Unterschied gibt auch eine Institutionenstelle an, und sagte doch vorher: es wäre kein Unterschied zwischen beiden in Ansehung der hypothekarischen Klage. Ungezweifelt ist demnach eine einschränkende Nebenbestimmung zu dem erstgedachten Fragment hinzuzudenken. Ob nun die auf die Klage besonders wegen der Inscription des Gesetzes **), oder eine andere, ließe sich noch bezweifeln. Mir würde die natürlichste aus dem Zusammenhange des Gesetzes, wovon bald mehr im allgemeinen zu sprechen seyn wird, sich ergeben. In demselben Bruchstücke handelt das Principium und der §. 2 von der Frage: wofür eine Hypothek zu geben sey? Mit dem Principio sind die citirten Worte durch autem verbunden und deswegen nach der Meynung des Schriftstellers und der Sammler Justinians wohl bloß darauf zu beschränken.

---

*) Dig. XX, 1. fr. 5. §. 1. (de pignorib. et hypothecis — aus Marcian. libr. sing. ad formulam hypothecariam): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

**) Reinold de legum inscr. §. 10. Eckhard hermen. §. 187. Thibaut Theorie 11. Aufl. §. 40. S. 173.

Ein bekannter Widerspruch ist in den Worten zweyer Stellen, nach denen die eine sagt: vom Pupillen werde nicht angenommen, daß er leiden könne *); die andere aber: ein Wahnsinniger und Unmündiger, der der Arglist nicht fähig sey, pflege eine Injurie zu leiden, aber nicht zu begehen **). Die Nothwendigkeit einer einschränkenden Auslegung der ersten, damit sie noch neben der zweyten bestehen könne, liegt am Tage. Zwar ließe sich in der deutschen Uebersetzung der Widerspruch einigermaßen dadurch verbergen, daß man erleiden statt leiden in der letzten Stelle hineinfügte; aber immer bliebe denn doch die Frage noch übrig, was denn die erste sagen wollte; und da ist wohl der natürlichste Ausweg anzunehmen: sie erkläre, daß man von dem Pupill kein Leiden annehmen könne, welches ihn verpflichte oder woraus man eine Beschränkung seiner Rechte ableiten könne; folglich doch immer ein Leiden in einer beschränkten, nicht alles, was man sonst so nennt, bezeichnenden Bedeutung.

---

*) Dig. L, 17. fr. 110. §. 2. (de reg. jur.): Pupillus pati posse non intellegitur.

**) Dig. XLVII, 10. fr. 3. §. 1. (de injuriis). — Furiosus et impubes, qui doli capax non est — pati injuriam solent, non facere.

XIII.

Die authentische Auslegung als letzte Zuflucht des ausübenden Rechtsgelehrten.

(Vergl. Lehrbuch §. 45.)

Kommt der Rechtsgelehrte auf dem für ihn offnen Wege der Auslegung zu einem festen Sinn des Gesetzes; so ist er diesen, wie er auch sey, zu befolgen verbunden; denn es wäre kein Gesetz mehr, wenn er ohne innere Gründe der Ungültigkeit in demselben darüber sich erheben und ihm den Gehorsam aufkündigen könnte.

Wie aber wenn er nach aller genauen Erwägung die Schwierigkeiten des Gesetzes so groß fände, daß ihm nichts klares und festes als Resultat übrig bliebe? Unstreitig ist keine Anwendung möglich, wo man nicht weiß, was man anwenden soll; und insofern ist diese Lage dem Fall ähnlich, da gar kein Gesetz vorhanden ist; gleichwohl doch in der andern Rücksicht abweichend, daß die Gesetzgebung es nicht völlig an einer Norm

hat fehlen lassen, aber freilich eine solche verliehen hat, mit der man nichts anzufangen weiß und die folglich so gut als keine ist.

Der Weg, welchen man demnach bey solchen Umständen einzuschlagen habe, ist nicht so einfach nothwendig nur einer, daß man blos diesem zu folgen hätte. Allerdings kann der Richter gerade in der Auslegung seines Amts fortschreiten und nun zn den Hülfsmitteln übergehen, die von ihm dann zu ergreifen sind, wenn er gar keine Vorschrift hat, wo er dann freilich für früher vorgefallene Geschäfte und Handlungen nicht erst eine vom Gesetzgeber einholen darf. Aber er kann eben so gut doch auch den Umstand erwägen und sich durch denselben bestimmen lassen, daß der Gesetzgeber eine Vorschrift habe geben wollen, welche nur nicht für den Anwendenden hinlänglich verständlich sey. Die Frage nach dem wahren Sinn an den, von dem jene Rede ausging, ist darum auch sehr veranlaßt. So möchte denn doch die Natur dieses Verhältnisses nicht nothwendig für ein oder das andere Verfahren allein entscheiden.

Daher erklärt sich aber auch gleich die abweichende Bestimmung der verschiedenen Gesetzgebungen über diesen Gegenstand; nur daß einige zum Theil einen Weg allein vorschreiben und den andern ganz verbieten. Bekanntlich verwirft das französische Gesetz-

buch *) jede Weigerung des Richters, wegen Dunkelheit oder Unzulänglichkeit des Gesetzes zu sprechen, und folglich auch jedes Gesuch des Richters beym Gesetzgeber, das sich hierauf stützen würde und zum Behuf der Anwendung gestellt wäre, bey der dem Richter gedrohten Strafe der Justizverweigerung. Etwas ähnliches scheint das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die östreichischen deutschen Erblande **) zu beabsichtigen, da es so viel Quellen für die Entscheidung in solchen Fällen anweiset, wenn gleich es der authentischen Auslegung nachher gedenkt, aber ihre Einholung doch gar nicht vorschreibt. Dagegen gebietet das allgemeine preußische Landrecht ***) die Einholung einer authentischen Auslegung bey der fortbestehenden Gesetzkommission und schreibt sogar ein bestimmtes Verfahren für dieselbe vor.

Unter den noch geltenden gemeinen Rechtsquellen sind bloß einige kaiserliche Verordnungen, meistens im Codex, von Einfluß auf diese Lehre; und selbst unter

---

*) Art. 4. Hieraus mit Lassaulx Gesetzgeb. Napol. Thl. I. S. 92 zu folgern, der französische Staatsrichter verwandle sich dann in einen Schiedsrichter, ist Verkennung der richtigen Verhältnisse.

**) §. 7. vergl. §. 8. von Zeiller Commentar über beide.

***) §. 51. ff.

diesen sind nicht alle gleich verständlich. Eine derselben ziemlich die im allgemeinen deutlichste, scheint bey vorwaltender Dunkelheit in den Gesetzen die Nothwendigkeit einer aufklärenden Auslegung durch die Kaiser zu erfordern, obgleich auch leicht bloß eine Pflicht derselben, sie zu geben, gemeynt seyn könnte*). Eine frühere spricht wohl nur von einer besondern Art der Auslegung die von dem strengen Sinn zur Billigkeit abweicht, auch schwerlich vom Geben, sondern nur vom Einsehen, Prüfen und Gestatten derselben, andrer noch übrigen Schwierigkeiten zu geschweigen **).

Viel entscheidender gebieten freilich die Einholung der Erklärung des Gesetzgebers ein paar andre Stellen, wenn gleich dem Zusammenhange nach allerdings nur in Rücksicht des zweydeutigen in den Pandekten ***).

---

*) Cod. I, 14. c. 9. in f. (de legib. von Valentinian und Marcian): Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.

**) Eod. c 1. (von Constantin): Inter aequitatem et jus interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

***) Cod. I, 17. c. 2. (oder Const. Tanta) §. 21. in f. (de vetere jure enucleando): Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per judices referatur, et

Dennoch ist nach diesem allen zufolge des gemeinen Rechts die Verpflichtung der Richter, bey zweifelhaftem oder doppeldeutigen Sinn der Gesetze des Gesetzgebers Auslegung zu erbitten, gewiß gegründet.

Daß indessen zu einer solchen nie eher geschritten werden dürfe, als bis alle andern Regeln der Auslegung nicht hinreichen, sondern verlassen, und daß der Richter, da er berichten und anfragen soll, auch selbst zu beurtheilen habe, ob der Fall der Dunkelheit oder Zweideutigkeit wirklich da sey, ohne daß er dabey durch Partheyen oder Sachwalter wider eigne Ueberzeugung bestimmt werden könne; möchte der Natur aller hier einwirkenden Verhältnisse allein gemäß seyn. Gewissermaßen scheint dieß auch aus einem römischen Gesetz *), das ohnehin früher noch auf die Gewohnheitserklärung hinweist, zu fließen; nur ist es wohl zum Theil von der damaligen Verfassung abhängig und überhaupt in Hinsicht auf das angedeutete Verfahren nicht deutlich genug.

---

ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est, leges et condere et interpretari. — Eod. c. 3. (Δεδώκαν) §. 21. in f.

*) Cod. I, 14. c. 11. (de legib. von Leo und Zeno): Cum de novo jure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio judicantis, quam sententiae principalis auctoritas.

Uebrigens sind manche Gesetzgebungen neuerer Zeiten dem Vorgange des gemeinen Rechts, wie es ausdrücklich vorschrieb oder man demselben gemäß annahm, gefolgt. So schreibt das bayrische Landrecht *) vor, nur dann zur authentischen Auslegung zu schreiten, wenn die Doctrinal- und Usualerklärung zu Hebung eines großen Zweifels in thesi nicht hinreichen.

---

*) Thl. I. Kap. 1. §. 9. n. 3.

Zweyter Abschnitt.

Auslegung der Justinianeischen Rechtsbücher.

XIV.

Quellen der richtigen Theorie dieser Auslegung.

Die Sammlungen Justinians, welche doch die Hauptgrundlage des gesammten gemeinen Rechts und fast jedes Civilrechts ausmachen, sind von so ganz eigner Beschaffenheit, daß man schon darum besondere Verhältnisse bey ihrer Auslegung voraussetzen kann. Sie werden, wenn man die ganzen Verordnungen über einzelne Lehren wegrechnet, in drey für sich bestehenden, meistens rein gesammelten, Büchern befaßt; und doch sollen alle drey neben einander gesetzlich gelten. Auch ist für jedes in besondern Verordnungen theils die Abfassung vorgeschrieben, theils die Kundmachung und Gültigerklärung geschehen. Den Institutionen ist nur

eine kundmachende Urkunde unter dem Namen prooemium vorangesetzt; vor den Pandekten findet sich der Auftrag zu deren Verfertigung an die dazu ernannte Commission*); ferner die Urkunde, mit welcher die Pandektensammlung an die Lehrer der Rechtsschulen zu den darüber zu haltenden Lehrvorträgen gesandt ward**); endlich eine doppelte Verordnung, zu deren Kundmachung als Gesetz***). Die erste dieser Verordnungen und die beiden letzten sind auch in den Codex unter einem besondern Titel ohne Abkürzung eingerückt****), die letzte freilich erst in die spätern Ausgaben aufgenommen oder, wie man sagt, wiederhergestellt. Vor dem Codex endlich steht eine Verordnung, wodurch die Abfassung des ersten Codex aufgetragen*****); eine zweyte, wodurch dieser erste Codex******); und endlich eine dritte, wodurch der verbesserte Codex gesetzlich kund gemacht ward*******). Alle diese Verordnungen

---

*) Const. Deo auctore de conceptione Digestorum ad Tribonianum.

**) Const. Omnem ad Antecessores.

***) Const. Tanta ad Senatum et omnes populos Conts. Δεδωκεν.

****) Cod. I, 17. de vetere jure enucleando et de auctoritate juris Prudentium, qui in Digestis referuntur.

*****) Const. Haec quae de novo Codice facienda.

******) Const. Summa de Justnianeo Codice confirmando.

*******) Const. Cordi de emendatione codicis Dni. Justiniani et secunda ejus editione.

enthalten allerdings wichtige Erklärungen über die Art und die Meynung, in welchen diese Sammlungen abgefaßt worden, und wie sie gelten sollen. Aber dennoch reichen auch die eben erwähnten Erklärungen und Vorschriften allein bey weitem noch nicht hin, um alle nöthigen Eigenthümlichkeiten der Auslegung der Justinianeischen Sammlungen zu kennen und zu würdigen. Unerlaßlich ist hiezu noch eine genaue und richtige Kenntniß der besondern Beschaffenheit jedes Buchs; überdieß noch eine eben so richtige Einsicht in den Zustand der Gesetzgebung und Gesetzanwendung vor Justinian, aus welchem eben seine Sammlungen hervorgingen und gerade ihre besondere Gestalt erhielten; endlich auch eine feste Beobachtung der Folge in dem ganzen Hergange der Entstehung dieser Bücher. Vielleicht gewinnt so manches bekannte, aber nicht gerade hierauf angewandte, eine eigne Wichtigkeit des Einflußes.

Es sey darum zuförderst in dieser Rücksicht ins Gedächtniß gerufen, daß bis auf Justinian alle Rechtssätze, nach welchen man in Gerichten sprach, aus zwey verschiedenartigen Quellen hergenommen wurden. Die unbedingt vorschreibenden suchte man vorzüglich in den von den Kaisern ausgegangenen Erklärungen und Bestimmungen. Die unter diesen aus frühern Zeiten übrig gebliebenen enthielten zwar meistens nur die Entscheidungen einzelner Rechtsfälle nach schon anerkannten

Rechtsgrundsätzen und wichen insofern von andern sonst überlieferten Entscheidungen nicht ab. Dennoch strebten die christlichen Kaiser seit Constantin auf eine Menge Neuerungen hin, suchten eben deswegen die gesetzgebende Gewalt der höchsten Regenten in immer größere Majestät zu kleiden, und so wurden denn auch selbst die frühern anspruchslosen Entscheidungen ihrer Vorgänger theils absichtlich, theils durch eine natürliche Folge der Vorstellungen mit einem ihnen vorher fremden Glanz umgeben. Alles darinn vorhandene sollte nun, als vom Kaiser ausgegangen oder gebilligt, in einer unbezweifelten Ueberlegenheit des Ansehens über die übrigen Rechtsquellen erscheinen und geachtet werden. Alle ältere in Gerichten gebrauchte kaiserliche Anordnungen beschränkten sich bekanntlich auf die drey Sammlungen, den Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex; und nur diejenigen, welche nach diesen Sammlungen bekannt gemacht waren, bestanden und galten in ihrer ursprünglichen Form.

Aber so viele derselben auch vorhanden seyn mochten, immer enthielten sie doch nur den geringern Theil der Rechtssätze, welcher man bedurfte. Die sonst noch nöthigen schöpfte man bloß aus Schriften alter Rechtsgelehrten, in denen sie aber nicht befehlsweise aufgestellt, sondern in einem gewöhnlichen schriftstellerischen Vortrage erklärt, aus Vordersätzen abgeleitet und mit Nebenerläuterungen und Nebenbemerkungen von wissen-

schaftlicher, grammatischer, philosophischer, historischer u. a. Art verbunden waren. Solcher Schriften hatten sich aus den verschiedenen Jahrhunderten der römischen merkwürdigsten Zeiten noch immer eine sehr große Menge erhalten, wenn auch gleich Theodosius II. und Valentinian III. als die einzig zum Gebrauch in Gerichten erlaubten nur fünf Rechtsgelehrte mit den durch sie citirten oder vielmehr kommentirten Schriften *) übrig gelassen hatten, unter denen die Stimmen über eine Rechtsfrage nach der Wahrheit gezählt oder wo diese nicht entschied, nach der vorzüglichen Autorität eines einzelnen Schriftstellers das Uebergewicht erhalten sollten.

Unter diesen Schriften waren auch einige zunächst zur Grundlage von darüber zu haltenden Lehrvorträgen und Vorlesungen für angehende Rechtsgelehrte bestimmt; besonders zur Grundlage für die erste Einleitung in die Rechtsgelahrtheit, in welchem Fall sie dann bekanntlich meistens Institutiones genannt wurden. Da solche Einleitungen nun zugleich wie andere rechtswissenschaftliche Schriften Rechtssätze enthielten; so waren sie immer zugleich eben so gut als andere Schriften zur Anwendung in Gerichten tauglich.

---

*) Vergl. meine vorläufige Nachricht von den juristischen Schätzen der Würzburgischen Univ. Bibliothek (Bamberg u. Würzb. 1805. 8.) Abh. II. bes. S. 67. ff.

In dieser Verfassung fand Justinian bey seiner Thronbesteigung die Lage der Sachen, und diese suchte er zu verbessern. Aber keinesweges so, daß er gleichsam eine gänzlich durchgreifende Heilung von Grund aus versuchen und mit gänzlicher Abschaffung aller bisherigen Rechtsquellen ein neues allumfassendes Gesetzbuch an ihre Stelle setzen wollte. Ein solcher Gedanke scheint jenen Zeiten, besonders dem sonst doch so leidenschaftlich gesetzgebrischen Fürsten und seinem Hauptrathgeber in diesen Angelegenheiten, gänzlich fremde gewesen zu seyn. Man möchte sich fast veranlaßt finden, zu vermuthen, daß die ältere römische Vorstellung vom Recht und dessen Bildung noch immer zu sehr herrschte, um nicht einer allgemeinern Umformung der Rechte und ihrer Quellen bis in deren erste Gründe entgegen zu wirken.

Bey Justinians gesammten Bemühungen sollten die bisherigen Classen der Rechtsquellen für sich bestehen und nur jede zu ihrem damaligen Gebrauch besser vorbereitet werden. Er war bekanntlich noch kein halbes Jahr Alleinherrscher, als er schon den ersten Auftrag deshalb ertheilte. Um die Weitläuftigkeit der Rechtsstreite zu beschneiden, sollten die vielen in den drey Codicibus und außer denselben vorhandenen kaiserlichen Verordnungen von allen für die gründliche Gesetzanwendung überflüßigen Vorreden, unnützen Gleich-

förmig-

förmigkeiten und Widersprüchen, und veralteten Dingen gereinigt, im Ausdruck abgekürzt, mit den sonst nöthigen Zusätzen, Auslassungen und Veränderungen, in eine einzige Sammlung vereinigt, aber dort in chronologischer Zeitfolge zusammengestellt worden *). Der nach dieser Vorschrift verfertigte Codex ward mit ausdrücklicher Abschaffung der drey ältern, wie aller übrigen früheren kaiserlichen Verordnungen **), kaum vierzehn Monate nachher gesetzlich bekannt gemacht.

Nun wandte sich Justinian, ohne Zweifel auf Tribonians Rath zu der andern, von seinen Vorgängern in ihrem Wesen noch nie angetasteten Classe von Rechtsquellen; nicht um sie gänzlich abzuschaffen oder aufzuheben, sondern das aus denselben brauchbare in demselben Sinne, in welchem es bisher da stand, und in einer ganz ähnlichen Form aus den vielen einzelnen Schriften in eine einzige für die damalige Anwendung in Zusammenstimmung mit den sonstigen zu seiner Zeit geltenden Rechtssätzen zusammenzubringen; nur daß wieder für die Einleitung des Lehrvortrags besondere Intsitutiones, eben wie die frühern zugleich in Gerichten anwendbar, verfertigt wurden; eine Arbeit, welche

---

*) Const. Haec quae princ. und §. 2. Const Summa §. 1.

**) Const. Summa §. 3.

bekanntlich vier Jahr nach den ersten Codex vollendet ward.

Während dieser das ältere und allgemeinere Recht zur durchgängigen genauern Erwägung bringenden Arbeit fand Tribanian Stoff genug, seinem damit gern beschäftigten Kaiser manchen Punkt bisheriger Streitigkeiten oder für die damalige Zeit nicht mehr passender Bestimmungen zur eignen allerhöchsten, mit der Aussicht auf ewigen Ruhm sich selbst lohnenden, Entscheidung vorzulegen. Solche Entscheidungen hatte man glücklich bis zu der so oft erstrebten Zahl fünfzig gebracht; und doch waren außerdem seit der Kundmachung des ersten Codex noch mehrere andre Verordnungen erlassen worden. Darum denn nun ein neuer Auftrag, auch alle diese in den Codex zu den Lehren, von welchen sie handelten, auch, wenn es nöthig war, zertrennt hinzuzufügen; dagegen aus demselben die nunmehr überflüßig gewordenen oder abgeschaften, wie alles gleichförmige und widersprechende auszusondern, auch wieder zu vervollständigen und zu verdeutlichen, was man nöthig fand*). Diese neue Ueberarbeitung des Codex ward denn abermals mit gänzlicher Abschaffung der ersten Ausgabe kundgemacht; und hiemit endigte dann die Hauptarbeit der Gesetzgebung Justinians im Ganzen, zu welcher späterhin blos einzelne Zusätze hinzukamen.

*) Const. Cordi §. 1. et 3.

XV.

Regeln für die Auslegung der Justinianeischen Rechtssammlungen nach des Gesetzgebers ausdrücklichen Verordnungen.

(Vergl. Lehrbuch §. 46. 47.)

Unter den von Justinian ausdrücklich gegebenen Vorschriften über die Gültigkeit und Behandlung jener Rechtssammlungen wird wohl mit Recht eine sehr bedeutende vorangestellt. Es soll nicht jede als für sich bestehend angesehen werden, sondern

Codex, Pandekten und Institutionen sollen als die einander vervollständigenden Quellen zusammen gelten und zusammen alle Rechtsverfügungen enthalten und begründen.

Hierüber sind nicht blos die allerdeutlichsten Vorschriften und unmittelbaren Erklärungen gegeben *),

*) Const. Deo auctore §. 11: Ideo jubemus duobus istis codicibus omnia gubernari: uno constitutionum, altero juris enucleati, et in futurum

sondern mehrere andre Bestimmungen werden erst durch diese Absicht klar und klären sodann selbst wieder das wahre Verhältniß zwischen jenen Rechtssammlungen erst auf. Vor andern ist unter den letzten eine Vorschrift um so merkwürdiger, da der erste Codex vor den Pandekten und vielleicht, ehe man solche zu bearbeiten dachte, verfertigt war. Justinian schrieb in der ersten Verordnung über die Pandecten ganz ausdrücklich vor: es solle das, was in den, in seinem ältern Codex verarbeiteten, kaiserlichen Verordnungen sich fände, nicht wieder aus dem alten Recht in die Pandekten aufgenommen werden, weil die Sanction der kaiserlichen Verordnungen schon zu dessen Ansehen hinreiche; es müßte denn ein Gegensatz, eine Vervollständigung oder eine vollständigere Entwickelung die nochmalige Aufnahme nöthig machen *) Ohne hier schon in andere

---

codicem compositi: vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum Institutionum vicem obtinens. — Const. Tanta §. 12: Omni igitur Romani juris dispositione composita, et in tribus voluminibus, id est Institutionum et Digestorum seu Pandectarum, nec non Constitutionum, perfecta — vergl. Const. cit. §. 23.

*) Const. Deo auctore §. 9: Sed et similitudinem — ab hujusmodi consummatione volumus exulare, et ea quae sacratissimis constitutionibus, quas in codicem nostrum redegimus, cauta sunt, iterum poni ex vetere jure non concedimus: cum Divalium constitu-

merkwürdige und wohl nicht gehörig beachtete Wendungen in den angeführten Stellen einzudringen, leuchtet

---

tionum sanctio sufficit ad eorum auctoritatem: nisi forte vel propter divisionem, vel propter repletionem vel propter pleniorem indaginem hoc contigerit. — Const. Tanta §. 14: — deinde sciat quod similitudo in quibusdam et his brevissimis adsumpta non inutilis est, et nec citra nostrum propositum hoc subsecutum: aut enim ita lex necessaria erat, ut diversis titulis propter rerum cognationem aplicari eam oporteat: aut cum fuerat aliis diversis permixta, impossibile erat eam per partes detrahi, ne totum confundatur: et in his partibus in quibus perfectistimae visiones expositae veterum fuerant, quod particulatim in eas fuerat sparsum, hoc dividere et separare, penitus erat incivile: ne tam sensus quam aures legentium ex hoc perturbentur. Similique modo si quid principalibus constitutionibus cautum est, hoc in digestorum volumine poni nullo concessimus modo: nisi et hoc raro ex iisdem causis quibus similitudo adsumpta est. — Const. Δεδωκεν. §. 13. (nach der Brencmanniſchen Ueberſetzung): Veruntamen est quatenus etiam similium admisimus positionem, vel subjectis rebus id postulantibus oportere idem pluribus accommodari locis, aut quod commixtum sit cum aliqua nova re id, quod videtur simile priori, et difficilis eorum adjudicatio et distinctio sit, aut ut saepe servetur totius inspectionis (S. visionis) continuatio (τὸ τῆς ὄχης θεωρίας συνεχὲς), neque divellatur sententia eorum, quae jam scripta fuerant, subtractione, verborum, nisi si et hoc alicubi assumtum est ob rei

doch so viel deutlich hervor, daß der früher verfertigte Codex als die Grundlage der spätern Arbeiten angesehen und so durch die Pandekten erweitert, erläutert und vervollständigt werden sollte; gewiß also weder in einer noch in der andern Sammlung eine für sich vollständige Gesetzgebung zu suchen sey.

Uebrigens kann in allen diesen Stellen nur vom alten Codex gesprochen seyn, man darf ohne weitere Erwägungen nicht alles auf den neuen anwenden; dieß wird sich bey der leisesten Rückerinnerung an die Folge der Verfertigung der in Rede stehenden Sammlungen der Ueberzeugung nicht entziehen.

Außer der vorstehenden Grundregel sind nun noch andre Regeln der Auslegung ganz deutlich vorgeschrieben, an welche nur des Zusammenhanges wegen zu erinnern ist, besonders damit andre hinzuzufügende Bestimmungen desto leichter zur klaren Einsicht gebracht werden können.

Man soll nichts doppelt gesagtes oder

---

necessitatem, verum id exiguum est et nullum sui ipsius fere praebens sensum §. 14. Id ipsum et in iis quae jam sancita erant in Imperatoriis constitutionibus servavimus: quae enim in illis dicta erant, in hoc libro collocari non permisimus, praeterquam quod ex (hier ist eine Lücke) similitudinis causis.

nichts gleichförmiges in allen drey Gesetzbüchern annehmen, es sey denn aus einer der schon erwähnten Ursachen.

Dieß sagen schon die früher angeführten Stellen *), aber auch noch andre **); damit hängt aber eine andere Regel in gewisser Beziehung genau zusammen:

Man darf auch nichts widersprechendes annehmen.

Sondern man wird auch keine Widersprü-

---

*) Siehe die in der vorigen Anmerkung abgedruckten Stellen.

**) Const. Deo auctore §. 1: primum nobis fuit studium sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidae tradere: quatenus in unum codicem congregatae, et omni supervacua similitudine et iniquissimae discordia absolutae etc. — §. 4. heißt es von den Pandekten: nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine neque discordia derelicta: ferner §. 8. Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia — aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto. — Const. Summa §. 1. Tollendis — contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuatae sunt: similibus etiam praeter eas, quae eadem pene sanciando, divisionem juris aliquam facere noscuntur, ex qua dividendo vetera novum aliquid nasci videtur.

che finden, wenn man nur mit scharf eindringender Prüfung die Ursachen der Verschiedenheit herausbringen will; dann wird sich etwas neu erfundenes oder verborgen hineingelegtes entdecken, welches die Klage über Widerspruch aufhebt, und ein anderes Wesen hervorbringt *).

Ein eignes Beispiel, wie solche anscheinende Widersprüche zu vereinigen seyen, enthält sogar eine spätere Verordnung Justinians selbst **).

Allerdings darf man sich zu unsern Zeiten darüber nicht beschweren, daß diese von Justinian eingeschärfte Bemerkung und Vorschrift gar nicht beachtet werde; denn von jener Wuth bloß Widersprüche und sogenannte Antinomien aufzusuchen, welcher man sich in frühern Zeiten mit Vorliebe überließ, ist man offenbar genesen.

---

*) Vergl. die in der vorigen Anmerkung angeführten Stellen; ferner Const. Tanta §. 15. Contrarium aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam, naturam inducit discordiae fines effugientem — vergl. Const. Δεδωκεν

**) Nov. 158. c. 1.

Man sucht die aufgefundenen Antinomien aufzulösen und wegzuräumen; und man ist ungezweifelt mit einer ganzen Reihe derselben glücklich gewesen. Sollten indessen auch nur so viel übrig bleiben, als gewöhnlich dafür noch anerkannt werden, so erschiene Justinians eben erwähnte Versicherung auch bey der größten Sorglosigkeit in Bearbeitung und Beurtheilung seiner Gesetzbücher, welche man voraussetzen möchte, doch beynahe noch unerklärbar. Deshalb muß denn jede Ansicht, die eine Verminderung dieser Widersprüche herbeiführen möchte und sonst nur zu begründen wäre, gewiß um so willkommner seyn, weil sie mit der ursprünglichen zusammenfallen müßte. Manchen Vortheil würde für diesen Zweck schon die bloße festere Beobachtung einiger früher in Betrachtung gezognen Regeln bringen; aber es könnten auch leicht noch andre Seiten übrig seyn, die weniger wichtig oder gar nicht beachtet wären und doch denselben Zweck befördern müßten.

Zu diesen möchte schon die Regel gerechnet werden können,

daß in den Justinianeischen Sammlungen bloß brauchbares vorkäme.

Allerdings schließt der Gesetzgeber wörtlich alles gänzlich veraltete aus*). Wollte man aber dagegen

---

*) Const. Deo auctore §. 10.: Sed et si quae leges

nun nichts als unmittelbar anwendbares in seinen Sammlungen suchen; so würde man schon seine eignen ausdrücklichen Erklärungen, und fast noch mehr die deutlich vorliegende Beschaffenheit seiner Bücher, gegen sich haben. Seine bloß das unmittelbar anwendbare scheinbar bezeichnenden Aeußerungen sind um so weniger in einem Sinn wie wir ihn heute dafür annehmen würden, zu verstehen, als er, wenn sie so zu nehmen wären, in Ansehung der Institutionen wenigstens auf das nachdrücklichste sich selbst widersprechen würde. Auch von diesen sagt er: es solle nichts, als was gerade damals noch gelte, sich darinn finden *); und dennoch steht nicht bloß manche Nachricht von alten und abgeschaften Instituten darin, sondern er nennt diese absichtlich mit hinzugefügten Theile des Inhalts auch ganz ausdrücklich **).

---

in veteribus libris positae, jam in desuetudinem abierunt: nullo modo vobis easdem ponere permittimus: cum haec tantummodo obtinere volumus, quae vel judiciorum frequentissimus ardo exercuit, vel longa consuetudo hujus almae urbis comprobavit.

*) Inst. proem. §. 3. et tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilquae perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant.

**) Inst. proem. §. 5. In quibus breviter expositum est, et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum, imperialis remedio illumi-

Was bleibt denn nun zur Erklärung dieses ganzen Verfahrens anzunehmen übrig. Ungezweifelt daß es die Absicht der von Justinian beauftragten Sammler seyn sollte und war, für die damalige Anwendbarkeit zu arbeiten; aber ganz unmöglich, daß nichts als gesetzliche der unmittelbaren Anwendung fähige Sätze in den Sammlungen ständen. Freilich ist dieß schon längst bey offenbaren Definitionen, Einleitungsredensarten, Abtheilungen, historischen Nachrichten und ähnlichen Redetheilen anerkannt; aber man blieb doch immer in einem andern Hauptgesichtspunkt verfangen. Alles was nur das Ansehen hatte, daß es zu einer Ausübung und Anwendung zu gebrauchen sey, sollte auch bloß, um zu dieser Absicht unmittelbar zu dienen, aufgenommen worden seyn; und doch ist es wenigstens

---

natum est. — Const. Tanta. §. 11. — mandavimus. quatenus libris, quos veteres composuerunt, qui prima legum argumenta continebant, et Institutiones vocabantur, separatim collectis, quidquid ex his utile et aptissimum et undique sit elimatum, et rebus, quae in praesenti aevo in usu vertuntur, consentaneum invenitur, hoc et capere studeant et quatuor libris reponere. — Admonuimus autem eos, ut memores etiam nostrarum fiant Constitutionum, quas pro emendatione juris promulgavimus: et in confectione Institutionum etiam eadem emendatione ponere non morentur: ut sit manifestum et quid antea vacillabat et quid postea in stabilitatem redactum est.

— um dieß anfangs vorläufig zu bemerken — möglich, daß manches davon zur Erklärung des eigentlich vorgeschriebenen, zu Erläuterungen und Nebenbemerkungen hinzugesetzt worden. Alsdann wäre es zwar nicht unmittelbar anwendbar, aber wohl brauchbar; es gehörte zu dem, das wirklich noch gilt und stände damit in Verbindung. Diese Betrachtung möchte leicht bey Gelegenheit dessen, das späterhin wegen der Beschaffenheit der Rechtssammlungen zu erinnern ist, nicht ohne Einfluß bleiben.

Mit diesen Nebenrücksichten ist auch die an sich richtige Regel zu verstehen,

daß alles in den Sammlungen enthaltene gleiche Kraft haben solle.

Dieß gilt schon von den Verordnungen des Codex und allem, das unmittelbar in Justinians Namen ausgesprochen ist. Es ist aber auch besonders in Ansehung der Pandecten gesagt. Gleichwohl muß dasselbe nur so genommen werden, wie es wörtlich gesagt ist; also nicht etwa, daß jedes Wort Gesetz sey, das nur Gesetz seyn könnte; sondern es heißt deutlich und unverkennbar in Rücksicht auf das ältere Gesetz Theodos II. und Valentinians III.: es solle kein Schriftsteller den Vorzug vor dem andern haben und selbst die in frühern Zeiten verworfenen Noten anderer zu Papinian

nicht ganz vernachläßigt werden *). Darum dürfen denn doch ihre Worte, wie sie in jeder Stelle sich fin-

---

*) Const. Deo auctore §. 5.: — umnibus auctoribus juris aequa dignitate pollentibus, et nemini quadam praerogativa servanda: quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores vel deteriores inveniuntur. §. 6. Sed neque ex multitudine auctorum, quod melius et aequius est, judicatote: cum possit forsitan et deteriores sententia et multas et majores in aliqua parte superare. Et ideo ea quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Ulpiano et Paulo, nec non Marciano adscripta sunt, quae antea nullam vim obtinebant propter honorem splendidissimi Papiniani, non statim respuere: sed si quid ex his ad repletionem summi ingenii Papiniani laborum, vel interpretationem necessarium esse perspexeritis, et hoc ponere legis vicem obtinens non moremini: ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem, tamquam si eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta, et nostro divino fuerant ore profusa: omnia enim merito nostra facimus, qnia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas: nam qui non subtiliter factum emendat, lautabilior est eo qui primus invenit. — Const. Tanta §. 20. — omnibus uno dignitatis apice impertito, nec sibi cuidam aliquam praerogativam vindicante: cum enim constitutionum vicem et has leges obtinere censuimus, quasi a nobis promulgatas: quid amplius aut minus in quibusdam esse intelligatur: cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta. — Const. Δεδωκεν. §. 20.

den, immer noch in ihrem natürlichen oder ursprünglichen Sinne genommen werden.

Eine früher schon in Beziehung genommene Regel ist nur mit wenigen Worten anzudeuten,

daß nemlich alles in den Sammlungen als wirkliche Vorschrift enthaltene auch allgemeine gesetzliche Kraft habe.

Vom Codex ist es besonders ganz ausdrücklich gesagt, daß auch die speciellen Verordnungen wegen ihrer Aufnahme in den Codex als generelle gelten sollen *), versteht sich von selbst, für alle Fälle, in denen ganz gleiche Umstände vorkommen. Eine andre Absicht wäre auch in der That bey solcher Aufnahme in allgemeinen Rechtssammlungen nicht denkbar.

Noch ist endlich eine gewiß nicht unbedeutende Bemerkung zum Behuf der Auslegung übrig, zu welcher sich in Justinians Verordnungen die unmittelbarste Veranlassung vorfindet. Er legt seinen Sammlern auf

---

*) Const. Haec quae §. 2. sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est, quae ad certas personas rescripta, vel per pragmaticam sanctionem ab initio data eidem novo Codici propter utilitatem sanctionis insertae fuerunt. Const. Summa §. 34.

das bestimmteste auf, alles Material zu den Pandekten bloß aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten zu nehmen *), daran also wohl zu ändern und einzelnes hinzuzufügen; aber ganz neue Zusätze, zu denen dort keine Veranlassung war, sind dadurch unstreitig ausgeschlossen. Was also sich nicht in den Schriften der Rechtsgelehrten fand, findet sich auch nicht in den Pandekten. Von einer Vervollständigung des fehlenden durch den Codex wird niemand sprechen wollen, der diesen nur angesehen hät. Sie würde auch bey dieser Lage der Sachen gar nicht anders zu denken seyn, als wenn Justinian absichtlich das fehlende durch eigne Verordnungen hätte hinzufügen wollen. Von einer solchen Absicht ist aber auch nicht die leiseste Spur aufzufinden. Kann aus diesem allen wohl etwas klärer sich ergeben, als

daß die Justinianeischen Sammlungen auch in ihrer gesammten Verbindung, kein allgemein umfassendes oder erschöpfendes Gesetzbuch bilden sollten und ausmachen können.

---

*) Const. Deo auctore §. 4. Iubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad jus romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur.

Unverkennkar muß dieß auf die ganze Aufbauung eines Rechtssystems einen höchst bedeutenden Einfluß äußern.

X. VI.

Regeln für die Auslegung der Justinianeischen Rechtssamlungen aus der eigenthümlichen Beschaffenheit einer jeden.

Sieht man nun ferner, der obgedachten Zeitfolge der verschiedenen Sammlungen gemäß, zuförderst auf den Codex, wenn gleich derselbe auch späterhin erst in seine jetzige Gestalt überarbeitet worden; so ist in demselben zwischen den einzelnen Verordnungen kein Zusammenhang vorhanden, aber freilich war ein solcher auch unter ihnen nicht denkbar, da sie, wie schon erwähnt, nach chronologischer Folge gereicht werden sollten. Blieb aber auch der Zusammenhang der Rede ausgeschlossen; so war vielleicht doch ein Zusammenhang zwischen einzelnen bestimmten Verordnungen, wenn sie auch getrennt standen, von den Sammlern hinzugedacht; und unter dieser Ansicht bewährt sich denn die schon sonst gemachte Beobachtung desto leichter, daß wohl leicht eine ältere Verordnung nicht als an sich

noch

noch geltend, welches sie ohne Widerspruch nicht seyn könnte, sondern nur, um eine andere aufhebende oder berichtigende zum bessern Verständniß zu bringen, mit aufgenommen seyn möchte.

Indessen die wichtigste Betrachtung verdienen allerdings die Pandekten. Wie wäre es, wenn man sich hier besonders von der sonst gewöhnlichen Meynung, daß Justinian durch seine Sammlungen eigentlich ein neues Gesetzbuch im heutigen Sinne beabsichtigt hätte, welche doch einmal mit so vielen ausdrücklichen Erklärungen und andern offenbaren Thatsachen nicht zusammenstimmt, lossagte? Wie wenn man dafür streng in der oben angedeuteten Vorstellung beruhen blieb, er habe nur die einmal vorhandenen Rechtsquellen, jede in ihrem ursprünglichen Wesen, beibehalten und sie bloß für allgemeinere und leichtere Brauchbarkeit verarbeiten lassen wollen? Falls nicht alles trügt, so ist dieß der einzige Gesichtspunkt, mit dem die Beschaffenheit der Pandektensammlung wirklich genau übereinkommt; der einzige, der alles in ihr erklärt, und wenigstens eine Menge sonst noch gefundener Schwierigkeiten wegräumt. Statt der vielen einzelnen Schriften sollte nun ein einziges alles brauchbare umfassendes, aber doch rein schriftstellerisches, Werk treten, das demnach eben wie andere schriftstellerische Arbeiten, nicht lauter Vorschriften, sondern belehrende Entwickelungen der Rechtsleh-

ren mit historischen Erläuterungen, Aufzählung und Beleuchtung der verschiedenen Meynungen und mancherley sonstigen Nebenbemerkungen in sich schlösse. Auf den offenbaren Zusammenhang der Rede, der in den meisten Titeln beabsichtigt ist, und der sich so häufig besonders auch dadurch beurkundet, daß nicht selten eine einzige Hauptstelle eines Schriftstellers, meistens Ulpians, zum Grunde gelegt ist, in und an welche nur andre angereiht worden, habe ich schon in meiner Inauguraldisputation *) die Aufmerksamkeit des juristischen Publikums zu lenken gesucht. Ein weiteres Forschen hat mich nicht bloß von dieser Ansicht immer fester überzeugt, sondern auch manche anfangs ungeahnte Folge davon aufgedeckt. Am deutlichsten zeigt sich der durch eine einzige zum Grunde gelegte Stelle bewirkte Zusammenhang in den Titeln, welche mehr eine wirklich für sich bestehende geschlossene Lehre vortragen sollten.

So liegt unter andern

in Lib. II. tit. 7. ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat eine Stelle aus Ulpianus L. V. ad Edictum in 3 Fragmenten, in welchen 2 aus Paulus L. IV. ad Edictum eingerückt sind.

in Lib. II. tit. 13. de Edendo eine aus Ulpianus L. IV. ad Edictum in 5 Fragmenten, in welche sich mehrere

---

*) De subsidio legum in Pandectis interpretandarum ex earum nexu et consecutione petenda Jen. 1785. 4.

besonders wieder 4 aus Paulus L. III. ad Edictum hineingeschoben finden.

In Lib. II. tit. 14. de pactis eine Reihe von 10 Fragmenten aus Ulpians zuletzt genanntem Buche, wieder mit zwöf Bruchstücken aus Pauli gedachter Schrift und andern verflochten zum Grunde.

In Lib. III. tit. 1. et 2. ist Ulpianus lib. VI. ad Edictum, in tit. 5. de negotiis gestis Ulpian L. X. ad Edictum in 10 Bruchstücken, in Lib. IV. tit. 2. derselbe mit neun zum Theil langen Stellen, in tit. 3. mit 12; in tit. 4 mit 11 beträchtlichen Stücken, sämmtlich aus lib. XI. ad Edictum, in tit. 6. mit eilf Stellen aus lib. XII. ad Edictum, in tit. 7. Gajus mit drey aus lib. IV. ad Edictum provinciale; in tit. 8. Ulpianus mit vierzehn aus lib. XIII.: in tit. 9. mit zwey Hauptstellen aus lib. XIV: in lib. V. tit. 2. mit drey Stellen aus lib. XIV. ad Edictum die Hauptgrundlage. Die Lehre de hereditatis petitione in lib. V. tit. 3. ist vorzüglich in sechzehn oft mehrere Seiten füllenden Stücken aus Ulpianus lib. XV. ad Edictum entwickelt. Der Tit. 6. desselben Buchs enthält nur ein kleines Einschiebsel aus Paulus in einer Stelle aus Ulpian. lib. XVI. ad Edictum. Aehnliche Beispiele liefern noch lib. VI. tit. 1. 2. 3. lib. XII. tit. 2. 3. 4. 5. 8. 9. lib. VIII. tit. 7. lib. IX. tit. 1. 2. 3 lib. X. tit. 2. 4. lib. XI. tit. 1. 3. 6. 7. lib. XII. tit. 1.

2. 4. 5. lib. XIII. tit. 3. 4. 5. 6. lib. XIV. tit. 3. 4. 5. 6. lib. XV. tit. 1. 3. lib. XVI. tit. 1. 3. lib. XVII. tit. 1. 2. lib. XVIII. tit. 2. lib. XIX. tit. 1. 2., und so= fort noch eine Menge späterer Titel.

Zeigt sich nun schon überhaupt auch in andern Stellen die Absicht eines schriftstellerischen Vortrags; so doch ganz vorzüglich in diesen ganz herausgehobenen zur Grundlage der Lehren dienenden Hauptstellen. Die= se ließ man meistens vollständig zusammen, wie sie sich im ursprünglichen Werke fanden; also mit allen nicht gerade rein vorschreibenden oder zur Vorschrift unmit= telbar nöthigen Zusätzen und Nebenbetrachtungen. In der That kann sich dieß für den ganz uneingenomme= nen Leser in dem Buch selbst schon nicht verbergen. Aber fehlt es denn etwa darüber auch an ganz aus= drücklichen Erklärungen des Kaisers? Sagt er etwa nirgends, es sey manches stehen geblieben, das, stren= ge genommen, hätte weggeschnitten werden können? Freilich nicht in deutlich ausgesprochner Beziehung auf die nicht gesetzlich verbindende Nebenbemerkungen, wohl aber in Rücksicht auf die doch eben so wenig zur Ver= pflichtung nöthige Gleichförmigkeit und Wiederholung an verschiedenen Orten, sagt er in den schon früher angeführten Stellen der bestätigenden Verordnungen *)

*) S. die vorher abgedruckten Stellen aus Const. Tan= ta §. 14. und Const Δεδωκεν; besonders die Worte:

auf das klärste; es wäre der Behandlung des Civilrechts entgegen (vielleicht mit der Nebenbedeutung eines gebildeten Mannes unwürdig) gewesen, in den Stellen, in welchen ganz vollständige Darstellungen oder Auseinandersetzungen der Alten sich fanden, das in dieselben theilweise hineingestreute zu theilen und abzusondern, durch welches Herausreißen der Leser nur, sowohl für die Sinne als für die Einsicht in den Zusammenhang, hätte verwirrt werden müssen. Deshalb wäre der Zusammenhang einer ganzen Darstellung oft beibehalten worden.

Es ist kaum zu vermuthen, wie man daraus, daß dieß alles bloß auf Wiederholungen den Worten nach bezogen ist, ein Bedenken schöpfen könnte, um es nicht für bloße sonst nicht weiter vorkommende Nebenbemerkungen ganz gleichförmig gelten zu lassen. Dagegen mögen ein paar andre Bedenklichkeiten, die sich erheben möchten, nicht übersehen werden. Man könnte zuförderst daran einen Anstoß nehmen, daß bey dem nach der bisherigen Ausführung vorauszusetzenden verschie-

---

in his partibus, in quibus perfectissimae visiones expositae veterum fuerant, quod particulatim in eas fuerat sparsum, hoc dividere et separare penitus erat civile: ne tam sensus quam aures legentium ex hoc perturbetur, ferner saepe servetur totius inspectionis (visionis) continuatis (τό τῆς ὄχης θεωρίας συνεχὲς.)

denen Gehalt des Pandekten-Inhalts es dennoch an einem sichern Maaßstab oder Prüfstein für jeden besondern fehlen möchte. Aber schon die Erinnerung an ein paar früher aufgestellte Regeln wird einen solchen in den meisten Fällen an die Hand geben; und gewiß haben auch Justinian oder sein vorzüglichster Planmachender Gehülfe in der Gesetzgebung eben diese als die leitenden Vorschriften für hinreichend zu der ganzen Anordnnng und Würdigung angesehen. Vor allem entscheiden die Worte und deren nächster Sinn. Die Sammler nahmen an, man müsse und werde jeder Stelle eben denselben Sinn in der Sammlung Justinians beilegen, den man ihr in der Unterschrift würde beigelegt haben. Wie man dort aus den bloßen, vollständig genommenen, Worten und aus der natürlichsten Bedeutung derselben wohl ausgemittelt hätte, welches die Hauptentscheidung, welches andre nicht angenommene Meynungen, welches Nebenbemerkungen seyen; eben so müßte man es auch nun können, da die Stelle ein Theil der Justinianeischen Ueberarbeitung geworden wäre. Wer kann auch zweifeln, daß hiezu das gewöhnlichste Verfahren der Auslegung hinreiche, wenn es nur hinübergetragen werden darf?

Indessen wird hiebey noch eine andre der obigen Regeln wieder neuen Einfluß gewinnen. Keine einzige der drey Justinianeischen Sammlungen steht allein; sondern sie sollen alle ein gemeinschaftliches Ganze aus-

machen, begreiflicherweise nicht bloß jede einzelne sich in sich selbst, sondern auch nun weiter, jede der andern aushelfen, dieß kann aber auf mehr als eine Art geschehen. Nicht bloß wird, wo eine Lücken läßt, eine andre ausfüllen, sondern auch, wo eine zweideutig wäre; eine andre dieser Zweideutigkeit durch festere Aussprüche abhelfen können. Von allem diesem wird sich vielleicht bald mancher Beleg für die beruhigendste Ueberzeugung darlegen.

Demungeachtet könnte leicht eine andre Schwierigkeit noch übrig scheinen, welche den für die obige Darstellung in Anspruch genommenen Beifall länger aufhalten möchte. Sagt nicht Justinian selbst, die Pandekten sollten wie kaiserliche Verordnungen, als von seinem Munde geflossen, von ihm selbst kundgemacht, als sein eigen, aus seinem Willen zusammengesetzt, angesehen werden *)? Stellt er die Pandekten nicht also völlig den kaiserlichen Constitutionen gleich? und muß man denn, dieser Erklärungen und Gebote wegen nicht vielmehr annehmen, daß alles darinn gleicher Gesezeskraft sich erfreuen müsse?

---

*) S. die vorher citirten Stellen aus Const. Deo auctore §. 6. Const. Tanta §. 20. Const. Δεδωκεν §. 20. — ferner Const. Tanta §. 10. unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat, et ex nostra voluntate com-

Allerdings erklärt sich Justinian auf die angegebene Weise, aber darum ist keinesweges die versuchte Folge daraus zu ziehen. Den Worten nach schon sagt er nichts mehr, als daß alles als sein Werk, als eine von ihm ausgegangene Verordnung, angesehen werden; mit nichten aber daß jedes Wort und jeder Redesatz ein Gesetz enthalten solle. Ist doch selbst in besonders für sich bestehenden Verordnungen bey weitem nicht alles gesetzlich; nicht Vorrede, nicht Schluß, nicht angegebene Motive, nicht manche Nebenbetrachtung. Eben so wenig also auch jener Erklärungen wegen alles in den Pandekten. Was den Worten und dem Zusammenhange nach als gesetzliche Vorschrift anerkannt werden muß, das werde als Justinians Verordnung be-

---

positum: nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit. — Const. Δεδωκεν §. 10. et aequum ominibus praebentes auctoritatis robur, ut omne quod in libro scriptum est nostra sit mens (sive sententia τοῦτο ἡμετέρα γενέσθα γνώμη) et nemo audeat quae nunc fiunt antiquis comparare postquam multa et innumera in melius transtulimus etiamsi quid imperatoriae alicui veterum principium constitutioni alia dictum sit forma. Nomina enim antiquis servavimus, legum autem veritatem nostram fecimus, quemadmodum etiam si quid dissidens iis inerat (plurima vero ejusmodi extabant) it distinctum est et definitum, et ad clarum absolutumque jus est redactum.

trachtet. Was aber einleitende oder erläuternde Nebenbestimmungen sind, das mag immer als vom Kaiser ausgegangen angesehen werden; nur nicht eben als Verordnung, sondern allenfalls als seine, nicht als des ursprünglichen Schriftstellers Nebenbemerkung, wenn gleich er das Andenken des Ursprungs einer jeden Stelle durch die Ueberschrift erhalten ließ.

Noch mehr bewährt auch diese Auslegung der erwähnten Justinianeischen Erklärungen durch die doppelte Absicht, in welcher er dieselbe angegebnermaßen that. Die erste war, um allen Einfluß der frühern Valentinianischen Verordnungen über die Vorzüge eines Rechtsgelehrten vor dem andern und über die Stimmenzählung unter denselben aufzuheben. Damit sie alle gleich wären, und keiner dem andern an Ansehen vorginge; sollte das in die Pandekten nun einmal aufgenommene gar nicht nach dem Ansehen des Rechtsgelehrten, aus dem es genommen oder nach der Mehrheit derer, die sich dafür bestimmt hätten, gewürdigt werden, sondern geradezu als vom Kaiser ausgegangen oder bestätigt gelten. Um desto sichrer aber erscheint es denn, daß man etwa unter mehreren in die Pandekten eingerückten Meynungen oder diesen ähnlichen Nebenbemerkungen bloß die als gesetzlich gebilligte zu befolgen, alle andern aber ohne Unterschied, als bloß zur Erläuterung oder klärern Uebersicht angeführt, wie bey jedem andern Schriftsteller anzusehen habe.

Die zweite ebenfalls augenscheinlich und unverkennbar ausgesprochne Absicht ist dahin angegeben, daß er sich darum alles als von ihm, dem jetzigen Gesetzgeber, ausgegangen beilege, weil er so manches von dem bis auf ihn geltenden abgeändert habe. Was also in den der Ueberschrift nach alten Rechtsgelehrten beygelegten Stellen sich finde, habe doch seine Autorität bloß durch ihn. Vieles darinn habe er geändert und dieß ginge also gewiß gerade von ihm aus. Man könne und solle sich aber unter andern nicht auf andere kaiserliche Verordnungen seiner Vorfahren gegen die Stellen der Rechtsgelehrten berufen. Auch an diesen habe er häufig gebessert. Seyen daher — so muß man nach seinen ausdrücklichen Erklärungen weiter schließen — die Stellen von den alten Rechtsgelehrten auch wirklich hergenommen; so habe der Kaiser vielleicht das alte Recht gegen spätere Abänderungen desselben hergestellt; sonst aber nur der Stelle jenes Rechtsgelehrten sich zur Einführung seiner Veränderungen bedient.

Bey so unwidersprechlich erklärten Absichten kann denn wohl an eine Ausdehnung der Justinianeischen Aneignung aller Pandektenstellen auf die Beilegung von Gesetzeskraft an sämtliche Worte derselben nicht weiter gedacht werden.

Reicht denn aber diese Vorstellung, falls man sie nun einmal als richtig annehmen muß, wirklich auch

so weit, daß man dadurch wenigstens einige von den bisher noch schwierig gefundnen Widersprüchen beseitigen könnte? Vielleicht ergeben sich darüber einige Resultate aus der Betrachtung der Collision zwischen den Rechtssammlungen und der Auflösung derselben.

XVII.

Ueber Widerstreit und Vorzug zwischen Justinians verschiedenen Sammlungen.

(Vergl. Lehrbuch §. 63. 64.)

Mehrere den Worten nach sich widersprechende Stellen sind in den verschiedenen Rechtssammlungen Justinians sichtbar vorhanden und auf keine Weise wegzuleugnen. Ist nun hier eine Lösung dieses Widerspruchs nicht zu umgehen; so kann sie doch allein nach Justinians ausdrücklich erklärten oder sonst deutlich hervorgehenden Absichten geschehen, weil schon von irgend einer andern gesetzlichen Norm gar nicht das mindeste zu behaupten ist.

Darüber, daß die Novellen, bey denen jüngeres Alter und zum Theil deutlich ausgesprochene Absicht

der in ihnen enthaltnen Aenderung den Vorzug vor dem abgeänderten sichern, dem ältern Gesetzen vorgehen, ist nicht zu bezweifeln; und das Verhältniß der Authentiken zu denselben mag um so eher unberührt bleiben, als jene nicht von Justinian sich herschreiben und auch die auf sie sich beziehende Aufgabe bereits befriedigend genug gelöst ist.

Wichtiger, aber auch schwieriger, ist das gegenseitige Verhältniß der drey ältern Sammlungen im Justinianeischen Rechtsbuch, und über dieses gewähren die mehrgedachten Verordnungen über Abfassung und Kundmachung derselben allerdings manche Vorschriften. Aber dabey ist nun freilich ein Hauptaugenmerk gleich darauf zu richten, daß die Verordnungen vor den Pandekten und Institutionen bloß vom ersten Codex sprachen und sprechen können; und daß man nur von den neben und nach den Pandekten, also immer nach dem ersten Codex erlassenen Verordnungen mit Sicherheit weiß, daß sie im ersten Codex nicht standen. Wahrscheinlich stand sonst alles übrige schon in demselben; aber wie es nach den deutlichsten Spuren außer Zweifel ist, daß wieder aus dem frühern Codex bey dessen Ueberarbeitung manche Stücke weggelassen wurden; so können doch auch vielleicht andere ältere als Nachträge eingeschaltet, wenigstens durch Zusätze vermehrt oder durch Abänderungen verbessert seyn. Wenn man nun also die früher erwähnte Verordnung, nach welcher

Institutionen, Pandekten und Codex als ein zusammenhängendes Gesetzbuch angesehen werden und also gleichförmig gelten sollen, besonders auf den Codex anwenden will, so ist dabey gleich anfangs unstreitig die Einschränkung zu gestatten, daß alles das, was bloß in der neuen Ausgabe des Codex enthalten seyn konnte, durchaus als ein neueres Gesetz den andern Sammlungen vorgehe; finden sich nun denn doch noch Stellen in die Pandekten aufgenommen, welche gleichzeitige Verordnungen, besonders den Decisionen, schnurstracks entgegenstehen *), so bleibt zur Erklärung nichts als die Annahme übrig, jene seyen bloß darum in den Pandekten, damit der Codex besser verstanden werde. Wegen alles übrigen aber ist die Sache aus diesem Gesichtspunkt allein so gewiß, weil mit vollkommner Sicherheit das aus dem ältern Codex unverändert beybehaltne nicht auszuscheiden ist. Dennoch ist aber schwerlich für solche Abänderungen eine Vermuthung geltend zu machen; sondern man muß vielmehr für das Gegentheil die Regel aufstellen, daß keine Abweichung in den der Angabe nach ältern Stellen anzunehmen sey. Findet sich eine solche anscheinend vor; so muß man die beiden nicht zusammenstimmenden Stellen zu vereinigen suchen, und dazu die schon früher namhaft

---

*) Wie Dig. XXVIII, 8. fr. 3. et 4. (de jure deliberandi) und Cod. VI, 30. c. 22. §. 13. in f. (eod.)

gemachten Regeln Justinians gebrauchen. Es sollte, sagte er ausdrücklich, in die Pandekten nichts aufgenommen werden, das schon aus den kaiserlichen Constitutionen in den Codex gekommen; und bey scheinbarem Widerstreit kein Wort übersehen werden. Ist daher die Annahme den Worten nach nur möglich, daß zwey Stellen in den Pandekten und dem Codex von zwey unterschiedenen Fällen sprechen; so muß man nach jenen deutlichen Bestimmungen bey dieser Annahme allein bleiben. Indessen ist dieß, wie schon längst richtig angemerkt worden, doch dahin nicht auszudehnen, daß jedes Wort, das im Codex mehr und vielleicht als scheinbare Beschränkung gegen die Pandekten steht und vielleicht nur aus dem den Kaiser vorgelegten Fall in ihre Entscheidung übergegangen war *), gleich als wahre Einschränkung der Pandektenlehre angenommen werde, da nach dem angeführten wohl das eine Gesetz von der Gattung, das andere von einer Art der zu bestimmenden Fälle, etwas aussagen kann.

Hingegen dient vielleicht vor andern als Beleg der Hauptregel das Rescript Severs und Antonins, nach welcher durch Schenkung und Uebergabe der Urkunden über erkaufte Sclaven die Schenkung und Uebergabe der Sclaven selbst als geschehen angenommen

---

*) So die Worte sciente emtore in Cod. II. 20. c. 5. (de his quae vi).

werden müsse; und deswegen gegen den Schenkgeber die dingliche Klage angestellt werden könne *).

Es sey frey gestanden, daß hier weder die Annahme besonderer nicht ausgedrückter Umstände, welche Savigny **) zum Theil mit den Glossatoren, unterstellt, noch die Verallgemeinerung des Falls zu einer besondern Regel, welche mehrere ***) versuchten, hinlänglich befriedigen könne. Sondern man bleibe nur strenge bey den Worten des Gesetzes; diese enthalten gar nichts von dem Besitz als Folge der Uebergabe. Zwar ließe sich allenfalls auch noch in Ansehung seiner eine Ausnahme bey den Sclaven denken, weil doch diese nicht aus Hand in Hand gegeben werden könnten, wodurch immer eine weitere Ausdehnung ausgeschlossen wäre. Aber in den Worten ist einmal von keinem Besitz die Rede; sondern allein von der Begründung des Klagegrundes für die dingliche Klage und

---

*) Cod. VIII., 54. c. 1. (de donationib.): Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et draditionem factam (al. donationem traditione factam) intelligis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

**) v. Savigny Besitz S. 264 f.f. — 2te Aufl. S. 313. f. f.

***) z. B. der Recensent in A. L. Z. 1804. Nr. 42. S. 333. f.

zwar gegen den Schenkgeber. Hiezu ist eine Uebergabe der genannten Urkunden nach geschehener Schenkung derselben genügend, weil sonst der ganze Vorgang gar keinen Sinn haben könnte, wenn nicht Schenkung und Uebergabe zugleich auf die Gegenstände der Urkunden sich bezöge, insofern beide zur Begründung des dinglichen Rechts, vorzüglich gegen den Schenkgeber, erforderlich seyen. Bey dieser Auslegung ist dann den Worten nach kein Widerstreit gegen die Pandektenbestimmungen vorhanden, welche zum Besitz, das heißt zur wirklichen Ausübung des Eigenthums, keine symbolische Uebergabe zulassen. Mag eine solche Sonderung der Einflüsse einer wirklichen oder bloß angenommenen Uebergabe auch eine ganze Reihe neuer Fragen veranlassen, auf welche Pandekten und Codex keine Antwort geben; dieß kann vielleicht Schwierigkeiten über den Zusammenhang des Systems erwecken; aber es thut darum der erwähnten Auslegung jener Stelle nicht nothwendig Eintrag. Vollständige Antworten auf alle Rechtsfragen enthalten einmal Justinians Sammlungen nicht und sollte solche auch nicht enthalten. Dagegen ist denn doch Justinians Erklärung gerechtfertigt: es stehe hier etwas anders als an andern Orten und sey also kein gerader Widerspruch vorhanden.

Eben so wenig ist der geringste Widerspruch zwischen zwey andern Gesetzen über die Quantität des

Haupt=

Hauptstamms gleichen Zinsen anzunehmen, sobald man bey den Worten eines jeden streng stehen bleibt. Das erste in den Pandekten*) sagt bloß soviel: Zinsen über das doppelte und Zinsen von Zinsen könnten weder durch Stipulation zugesagt, noch gefordert werden; und würden, falls sie gezahlt worden, zurückgefordert. Mehr bestimmt es nichts und läßt es folglich dahin gestellt, wie die Zinsen über das doppelte zu berechnen seyen. Sobald man mehr in dieses Gesetz hineinträgt und ein allgemeines Verbot aller, auch nicht aufgelaufener, Zinsen über die Quantität des Hauptstamms darinn finden will; legt man etwas in das Gesetz, das nicht darinn steht, und verallgemeinert ohne hinlänglichen Grund einen Rechtssatz. Denn wegen des hier kurz ausgedrückten Namens: Zinsen über das doppelte, wird eben vorausgesetzt, daß anders woher bekannt sey, was dieser eigentlich bedeute. Dieß gerade bestimmt nun das zweite Gesetz im Codex**), auf das

---

*) Dig. XII, 6. fr. 26. §. 1. (de condictione indebiti — von Ulpian) Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt: et solutae repetuntur: quemadmodum futurarum usurarum usurae.

**) Cod. IV, 32. c. 10. (de usuris — von Antoninus Caracalla, Ulpians Zeitgenossen): Usurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usu-

klärste und unzweideutigste, und es ist ihm um so mehr zu folgen, da die Pandekten den Codex, wie schon bemerkt, voraussezen sollten: die in nach einander folgenden Fristen gezahlten Zinsen helfen dem Beklagten zur Berechnung des doppelten nicht. Denn nur alsdann werden Zinsen über die Summe des Hauptstamms gefordert, so oft zur Zeit der Zahlung die Summe der Zinsen jede Berechnung übersteigt. Auf die beiden am Schluß desselben Titels im Codex von Neuern aus der Synopsi basilicorum *) ganz wörtlich eingeschobenen Stellen ohne Ueber- und Unterschrift und folglich mit völliger Ungewißheit über ihren Urheber und die Zeit ihrer Entstehung, die außerdem von Hoffmann, LeConte, Rousard und LeCaron in ihre Ausgaben nicht aufgenommen sind, kann es hiebey so wenig als auf Novellen ankommen; besonders da in der lezten sogar die 160 Novelle, ganz nach der jezigen Zählung, ausdrücklich citirt wird, weshalb sie denn unstreitig aus dem Codex zu verweisen ist. Das Verhältniß der Institutionen und Pandekten bey Abweichungen gegen einander wird dadurch unstreitig noch schwieriger und gespannter, weil diese beiden Sammlungen zu gleicher Zeit kundgemacht wurden und also von einer absichtlichen Aufhebung der einen durch die

---

rae (non) exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem.

*) L. 23. Edict. Leunclavii Basil. 1575. p. 251.

andre, nachdem jede in der streitigen Stelle ursprünglich gültig seyn sollte, gar keine Behauptung, so oft solche auch vorgebracht wurden, als zuläßig erscheinen kann. Denn selbst den wenigen aus dem erstem Codex in den Institutionen allein übrig gebliebenen Bestimmungen kann eine solche abändernde Kraft nicht beigelegt werden, da die Stelle selbst schon vor den Pandekten nicht bloß als besonderes Gesetz, sondern selbst in einer gesetzlich kundgemachten Sammlung vorhanden war. Bey einem Widerstreit dieser Art können demnach keine andre Regeln und Beobachtungen helfen als eine oder die andre von denen, deren schon Erwähnung geschehen. So allerdings vor allen andern die nie hintanzusetzende Vorsichtsregeln, kein Wort gänzlich zu vernachläßigen oder in einer nicht dem Wortsinn getreuen, sondern willkührlich begränzten oder ausgedehnten Bedeutung zu nehmen. In dieser Stimmung wurden schon von andern *) die Stellen über die Abtretung des Nießbrauchs an einen andern als den Eigenthümer in den Institutionen und Pandekten gar nicht widersprechend gefunden. Die erste **) sagt: durch die Abtretung des Nießbrauchs (als dingliches Recht)

*) So von einigen unter dem im Lehrbuch §. 303. angeführten Schriftstellern.

**) Inst. II, 4. §. 3. (de usufructu): — cedendo extraneo nihil agit.

würde gar keine juristische Wirkung (wie sie aus einer solchen Handlung folgen müßte) erzeugt; die zweite*) dagegen: wenn der Nießbrauch einem Fremden, das heiße einem, dem die Proprietät nicht zustehe, abgetreten werde; so gehe nichts auf einen solchen über, sondern der Nießbrauch werde auf den Eigner der Proprietät zurückkehren. In diesen Worten allein ist kein Widerspruch vorhanden; denn das letzte, zumal da es offenbar in der künftigen Zeit ausgedrückt ist, kann im eigentlichen Wortsinn bloß von der Rückkehr an den Proprietär zur sonst gewöhnlichen Zeit der Beendigung des Nießbrauchs verstanden werden. Hier ist erst dann ein Widerspruch erzeugt, wenn eine Zeit hinzugedacht und daß die Rückkehr sogleich nach der Cession vor sich gehe, angenommen wird.

Auf ganz ähnliche Weise ist zwischen zwey Stellen über die wegen einer verpfändeten Sache zustehende actionem furti kein Widerstreit. Der Paragraph in den Institutionen **) legt, weil nach dem vorhergehenden

---

*) Dig. XXIII, 3. fr. 66. (de jure dotium): — si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.

**) Inst. IV, 1. §. 15. (de obligationibus quae ex delicto nascuntur): Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, nisi ejus

diese Klage nicht dem Eigenthümer, sondern jedem zustehe, der ein rechtliches Interesse an der Erhaltung der Sache hat, dem Pfandgläubiger, der, wie entwikkelt wird, ein solches Interesse habe, diese Klage bey. Die Stelle des Bruchstücks in den Pandekten *) leugnet sie in Ansehung einer verpfändeten Sache, aber nicht dem lebenden und seine Rechte uusübenden Pfandgläubiger, sondern dessen Erben ab, wenn nemlich die verpfändtete Sache aus der Erbschaft, versteht sich, ehe sie angetreten war, entwendet worden. Also wieder den deutlichen Worten nach zwey verschiedene Fälle.

Völlig gleichförmig klären sich die verschiedenen Stellen der Institutionen und Pandekten über die Ver-

---

intersit, rem non perire. — §. 16. Unde constat, creditorem de pignore subrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere quam in personam agere. Adeo quidem ut quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competit actio furti.

*) Dig. XLVII, 2. fr. 14. §. 14. (de furtis): Si res commodata est et is cui commodata est, decesserit: quamvis hereditati furtum fieri non possit, et ideo nec heres ejus, cui commodata est, possit agere, tamen commodator poterit furti agere. Idemque et in re pignorata vel in re locata licet enim hereditati furti actio non acquiratur, tamen alii, cujus interest, acquiritur.

mächtnisse fremder Sachen, statt sich zu widersprechen, vielmehr gegenseitig auf, indem sie eine um die andre sich in einzelnen Stücken mit mehr Deutlichkeit und Vollständigkeit ausdrücken und sich wohl darum ausdrücklich auf einander beziehen. Ein Paragraph der Institutionen sagt im Zusammenhange über diese Sache folgendes: War eine fremde Sache vermacht gewesen und der Legatar hatte bey des Testators Lebzeiten das Eigenthum an derselben erhalten und zwar durch Kauf; so kann er durch die Klage aus dem Testament den Preiß erlangen. Hat er sie durch ein bloß Gewinn bringendes Rechtsverhältniß, z. B. durch Schenkung oder ein andres ähnliches erlangt; so kann er nicht klagen. Denn es ist hergebrachtes Recht, daß zwey Gewinn bringende Verhältnisse bey demselben Menschen und bey derselben Sache nicht zusammen kommen können. Aus diesem Grunde folgt also: wenn aus zweyen Testamenten derselbe dieselbe Sache zu fordern hat; so ist darinn ein Unterschied, ob er die Sache oder deren Werth aus dem einen Testament erlangt hat; denn war es die Sache, so kann er nicht weiter klagen, weil er sie aus einem rein Gewinnbringenden Verhältniß besitzt, war es der Werth, so kann er klagen *).

---

*) Inst. II. 20. §. 6. (de legatis): Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis: ex testamento actione pretium consequi potest. Si vero

Kürzer und darum etwas verschieden erscheint eine Stelle der Pandekten über den letzten Fall; aber sie gibt auf keine Weise das Gegentheil deutlich an, und in Verbindung mit dem vorhergehenden zeigt sich leicht warum die Stelle so kurz und gerade so ausgedrückt worden. In dem voranstehenden Parapraphen ist ein andrer Fall so entschieden: Wenn dieselbe Sache mehrmals in demselben Testament vermacht worden; so kann sie mehr als einmal nicht gefordert werden und es ist hinreichend, entweder die Sache oder deren Werth zu erlangen *). Diesem Fall werden in den nächsten Paragraphen nun andre ähnliche, aber in einem oder dem andern Punkt abweichende, entgegengestellt. Zunächst einer, in dem man mehr als einmal fordern könne. Dieß ist es eigentlich, was in dem nächstfol-

---

ex causa lucrativa, veluti ex causa donationis, vel alia simili causa: agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur: interest, utrum rem, an aestimationem ex testamento consecutus est: nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si aestimationem, agere potest.

*) Dig. XXX. fr. 34. §. 1. (de legatisl.): Si eadem res saepius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque vel rem consequi vel rei aestimationem.

genden Paragraphen ganz gedrängt so ausgesprochen wird. Aber wenn in zweyer (Erblasser) Testamenten (also nicht, wie eben vorher, in demselben; sonst ist alles gleich) dieselbe Sache vermacht wäre; so werde ich zweimal klagen können, so daß ich aus einem Testament die Sache erlange, aus dem andern die Schätzung*). Die Hauptabsicht bey dieser Bemerkung ist darauf gerichtet, daß zweymal geklagt werden könne, und zur Erläuterung ist gesagt, daß aus einem Testament die Sache als das wichtigere zum Grunde zu legende dem Werth vorausgeht. Daraus nun zu folgern: es sey nach den Pandekten gegen die Institutionenbestimmung da, wo vorher aus dem einen Testament die Sache erlangt war, nachher der Werth aus einem andern noch zu erlangen; ist kein Grund vorhanden. Die Institutionen sprechen über die Ordnung der Klagen deutlich; die Pandektenstelle schränkte sich nur auf das einmal und zweymal fordern ein. Noch deulicher aber wird dieß, da in den vier folgenden Paragraphen desselben Bruchstücks, dem dritten bis sechsten, wieder von Vermächtnissen in demselben Testament die Rede ist, wo man doch mehrmals dasselbe fordern könne, nemlich bey Quantitäten und ähnlichen; und hierauf

---

*) Fr. 34. cit. §. 2.: Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero: ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem.

im siebenten der Fall, da man die vermachte Sache gekauft hatte, ganz übereinstimmend mit den Institutionen und selbst noch deutlicher entschieden und im achten weiter angewandt ist.

In einer andern Pandektenstelle aus Julian ist ein damit verwandter Fall zwar an sich deutlich, aber doch noch nicht entwickelt genug vorgetragen. Es ist, heißt es darinn, nur ein Grundstück vermacht; die Proprietät dieses Grundstücks habe ich erkauft, mit zurückbehaltenem Nießbrauch; nachher ist der Verkäufer seiner Freiheit beraubt worden und der Nießbrauch gehörte von der Zeit an mir. Würde ich nun aus dem Testament klagen; so wird der Richter die Schätzung im Proceß auf so hoch anschlagen müssen, als mir von meinem Vermögen abgegangen seyn wird*). Denselben Fall nennen die Institutionen; aber hier glauben manche eine Abweichung zu sehen. Freilich wäre eine solche offenbar um so auffallender, als in der Institutionenstelle Julians Meynung darüber, welches keine andere als die in der angeführten Pandektenstelle ausgesprochene seyn kann, namentlich angeführt und gebilligt ist. Al-

*) Eod. fr. 82. §. 2.: Fundus mihi legatus est: proprietatem ejus fundi redemi, detracto usufructu: postea venditor capite minutus est, et ususfructus ad me pertinere coepit: si ex testamento egero, judex tanti litem aestimare debebit; quantum mihi aberit.

lein die Worte selbst, ohne daß etwas weiteres hineingetragen wird, enthalten auch keine Abweichung. Sie sagen bloß folgendes: Wenn jemand ein fremdes Grundstück vermacht worden war und er kaufte die Proprietät nach Abzug des Nießbrauchs; der Nießbrauch aber kam (hierauf) an ihn (über diesen Vorgang sind nun die Pandekten umständlicher) und er klagt hernach aus dem Testament; so klagt er mit Recht und fordert das Grundstück, wie Julian sagt; weil (das nun folgende ist genauere Erläuterung, die in Julians Stelle zum Theil fehlt, zum Theil nicht so deutlich entwickelt ist) der Nießbrauch in der Klage auf die Servitut (welche gegen den Verkäufer oder die für ihn eintretend angestellt wird, da für ihn der Nießbrauch verloren gegangen) seinen Platz behauptet; aber dem Amt des Richters (bey der Klage aus dem Testament) steht es zu, daß er erkenne, den Werth nach Abrechnung des Nießbrauchs zu erstatten*).

Wenn man sich auch bey den letzten Betrachtungen über einzelne Rechtsstellen bescheidet, daß in der

---

*) Inst. II., 20. §. 9. (de legatis): Si cui fundus alienus legatus fuerit, et emerit proprietatem deducto (detracto) usufructu, et usufructus ad eum pervenerit, et postea ex testamento agat: recte eum agere et fundum petere Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat aestimationem praestari.

Sache selbst wenig Neues vorkommen möchte; so war es doch vielleicht für die Einsicht in die Behandlung solcher Bruchstücke nach den erwähnten Auslegungsregeln von einiger Wichtigkeit, Belege davon im Zusammenhange durchzuführen. Allerdings aber hilft diese Aufmerksamkeit auf Worte und Wortsinn dem Widerstreit an andern Stellen allein nicht ab; und hier möchte denn wohl zuweilen die fernere Bemerkung, daß die Pandekten als ein schriftstellerisches Werk abgefaßt und angesehen werden sollten, ihren wohlthätigen Einfluß bewähren können.

Es ist wie sehr bekannt ein Widerstreit zwischen den Pandekten und Institutionen über die Frage gefunden worden, ob die Ausdreschung des Getreides zur Formgebung zu rechnen sey, bey welcher die alte Materie nicht hergestellt werden könne, und also das Eigenthum an fremden ausgedroschenen Getreide auf den Drescher übergehe? Ganz unverkennbar ist die Stelle der Institutionen aus der Pandektenstelle genommen und nur theils abgekürzt, theils in einigen Ausdrücken verändert, wobey auch weniges in der Ordnung ist *). So weit beide neben fortlaufen; sagen sie sowohl in

---

*) Für die leichtere Vergleichung der Stellen unter einander sowohl als mit der oben stehenden Erläuterung ist vielleicht eine genaue Gegenüberstellung derselben sehr aufklärend;

den allgemeinen Grundsätzen als in der Anwendung

Dig. XLI, 1. fr. 7. §. 7. Inst. II, 1. §. 25. (de acquirendo rerum Dominio.)

Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit,

Nerva et Proculus putant hunc esse dominum, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat.
Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut, qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit:
veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero: vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fece-

divisione rerum et qualitate).

Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo,
quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit:

ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro

auf die einzelnen Gegenstände, besonders auch auf die

---

ro: vel ex lana tua vel argento vel aere vas vestimentum: vel ex vino et melle tuo mulsum: vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium: vel ex uvis, aut olivis, aut spicis tuis vinum, vel oleum, vel frumentum.

aliquod fecerit: aut ex alieno vino et melle mulsum miscuerit: vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit: vel ex aliena lana vestimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, navem vel armarium vel subsellium (Ital. subsellia) fabricaverit.

Et post multas Sabinianorum et Proculejanorum ambiguitates placuit media sententia existimantium si ea species ad materiam reduci possit

Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt:

eum videri dominum esse qui materiae dominus fuerit:

si non possit reverti,

verius esse quod Nervae et Proculo placuit:

si non possit reduci,

eum potius intelligi dominum qui fecerit.

ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel ar-

Ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris

Ausdreschung, ganz dasselbe. In der Pandektenstelle wird jede der beiden alten Meynungen besonders mit ihrem Grunde aufgeführt und dann hinzugefügt: Es gibt indessen auch eine Mittelmeynung solcher, die mit Recht annehmen, daß in einem Fall, nemlich wenn der neu gestaltete Körper in seinem frühern Stoff zurückkehren (reverti) könnte, die zweyte; in dem andern Fall, da er nicht zurükkehren könnte, die erste Meynung gelte. In den Institutionen ist nach einer kurzen Erwähnung der ehemaligen Verschiedenheit gesagt: Es sey später die Mittelmeynung derer gebilligt (oder angenommen) worden, welche in dem Fall, da man den neugestalteten Körper auf seinen vorigen Stoff zurückführen (reduci) könne, der alte

---

genti vel aeris reverti vel argenti vel auri repotest: vinum vero, vel duci;
oleum, vel frumentum, ad vinum autem vel oleum aut
uvas et olivas et spicas reverti frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non
verti non potest: ac ne potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel re-
mulsum quidem ad mel et solvi potest.
vinum: vel emplastrum;
aus collyria, ad medica-
menta reverti possunt. Videntur (videtur) tamen
mihi recte quidam dixisse, non debere dubitari, quin
alienis spicis excussum frumentum ejus sit, cujus et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

Eigenthümer des Stoffs ihn behalte; falls man ihn hingegen nicht zurückführen vermöge, der Verfertiger für den Eigenthümer zu halten sey. Dabey werden anfangs in beiden Stellen durchaus dieselben Beispiele, und nachher bey der Anwendung der gebilligten Meynung wieder fast alle Beispiele gleichförmig, wenigstens in den Institutionen keine andre als in den Pandekten, ganz sichtbar aber immer in beiden Stellen zweymal das Exempel des Ausdreschens von Getreide, angeführt. Bey diesen Beispielen bricht nun der Institutionen Vortrag diese Untersuchung ab und geht zunächst zu andern in den Pandekten an dieser Stelle nicht berührten Fragen über. In den Pandekten dagegen ist noch etwas über das Ausdreschen des Getreides angehängt, das wörtlich so heißt: Es scheinen indessen nur einige (oder es scheint indessen nur jemand, — von welcher Verschiedenheit der Lesart bald mehr) mit Recht behauptet zu haben: man müsse nicht zweifeln, daß das aus fremden Aehren ausgedroschene Getreide dem gehöre, dessen die Aehren auch waren; denn da die Körner, welche in den Aehren enthalten sind, ihre vollkommne Gestalt haben; so bringt der, welcher sie ausdrischt, keinen neugestalteten Körper hervor, sondern er enthält nur den schon vorhandenen.

Hieraus hat man nun ableiten wollen, daß, da die eben genannte Bestimmung zuletzt stände und überdem durch recte gebilligt wäre, sie eigentlich über das

Ausdreschen allein nach dem Sinne der Pandekten entscheiden könne. Da nun aber nach dieser Annahme zwischen den Institutionen und Pandekten ein Streit seyn würde; so müßte angenommen werden, daß die Verfasser der Institutionen sich beym Excerpiren geirrt und den Sinn nicht richtig übertragen hätten. Unter solchen Umständen müsse dann das Original dem Excerpt vorgehen und überhaupt kein Irrthum begünstigt werden; und also sey den Pandekten zu folgen *).

Die letzte Schlußfolge möchte immer als unbestreitbar gelten, wenn nur zuvor der Vordersatz, daß ein Irrthum vorgefallen sey, bewiesen wäre. Wie will man aber diesen beweisen? Wie will man die Möglichkeit aus dem Wege räumen, der in Frage stehende Anhang in den Pandekten sey wohl absichtlich übergangen? Vergleicht man die Bearbeitung der ganzen Lehre in den Institutionen; so findet man sie mit solcher Sorgfalt angelegt, daß dabey ein Uebersehen oder Mißverstehen immer unwahrscheinlicher erscheint. So schließen sich gleich an die hier angeführte Stelle der Institutionen zwey andre Fragen, die die Pandektenstelle

hier

*) Huber prael. jur. civ. sec. ord. Inst. proem. n. 10. Hartleben meditat. ad Pand. Vol. I. P. I. Spec. 6. med. 3. p. 93. sqq.; auch a Costa und Marcilius h. l. und andre im Lehrbuch §. 63. angeführte Schriftsteller.

hier nicht berührt; und alsdann ist der §. 27 der Institutionen wieder mit dem auf die übergangne Stelle unmittelbar folgenden achten Paragraphen des Pandekten-fragments übereinstimmend. Läßt sich dabey wohl leicht annehmen, daß die dazwischen stehende Periode bloß übersehen wäre? Auch die in der ausgezogenen Stelle selbst vorgenommene Veränderung mancher Worte zeigt deutlich die Ueberlegung, mit der man gerade hier zu Werke ging. Vielleicht läßt sich sogar noch späterhin in der Veränderung des reverti in reduci eine bestimmte Berücksichtigung der ausgelassenen Periode entdecken.

Gibt es denn aber ein anderes annehmliches Mittel diesem Widerstreit abzuhelfen? Mag zu dieser Absicht der Pandektentitel, in welchem jene Stelle sich befindet, etwas genauer betrachtet werden! Da liegt nun gleich anfangs soviel gleich deutlich vor, daß im Anfang des Titels die zum Theil Seitenlange, Fragmente 1, 3, 5, 7 und 9 sämtlich aus Gaji libro II. rerum cottidianarum seu aureorum hergenommen sind, welche durch Fragment 2, 4 und 6, alle aus Florentini lib. VI. institutionum und Fragment 8 aus Marciani lib. III. institutionum vervollständigt worden. Diese eingeschobenen Bruchstücke sind so kurz, so mit der Construction der größern Fragmente verwebt, daß theils hieraus, theils aus dem nach ihrer Weglassung unverkennbar hervortretenden Zusammenhange klar in die Augen

springt: die ganze Stelle aus Gajus sey absichtlich der in diesen Titel nöthigen Entwickelung zum Grunde gelegt; und wie sollte man hier nicht wieder an die oben herausgehobene Erklärung Justinians erinnert werden, er habe vom Zusammenhang einer ganzen Darstellung, Uebersicht oder Entwickelung (θεωρια, visio) nichts wegnehmen lassen. Unter diesem Gesichtspunkt muß die in den Institutionen ausgelassene Stelle als eine bloße schriftstellerische Nebenbemerkung von Gajus erscheinen, die er selbst sich als scharfsinnig aufzunehmen nicht versagen wollte und welche die Sammler, um den Zusammenhang nicht zu zerreißen, stehen ließen. Als eine solche Nebenbemerkung würde sie sich noch mehr bewähren, wenn man nicht mit der Handschrift zu Florenz videntur, sondern mit andern videtur, lesen müßte *).

---

*) Videtur ist in der Göttinger Ausgabe als Lesart der Vulgata und Haloanders bemerkt. Das letzte ist allerdings gegründet. Da aber nach bekannten Bemerkungen der Ausdruck Vulgata in jener Edition nicht gerade die ältern glossirten Ausgaben anzeigt, so verglich ich die vier auf der Landshuter Universitätsbibliothek befindlichen Ausgaben des Digesti novi vor 1500 und fand die Merkwürdigkeit, daß drey derselben, nemlich Nürnberg bey Anton Koburger 1483., Venedig bey Baptista de Tortis 1494 und eine sine loco et anno (nach Panzer Basel bey Berthold) im Text und in der Glosse videtur, die vierte aber Venedig bey Baptista de Tortis 1487 im Text und in der Glosse videntur lesen; doch wohl, um dieß neben-

Wäre es die Bemerkung eines einzigen, die nur Gajus billigt; so träte der bloße schriftstellerische Charakter gewiß noch stärker hervor. Daß das mihi auf Gajus zu beziehen sey, wie Accursius auch in der Glosse bemerkt, ist für den Ursprung der Stelle nicht zu leugnen; und es würde auch wohl eine zu große Ausdehnung der Aneignung der Pandekten seyn, die Justinian dadurch, daß sie als von ihm ausgegangen betrachtet werden sollen, vornimmt, wenn man es, da es einmal in den Pandekten steht, auf Justinian beziehen wollte; obgleich selbst das an dem schriftstellerischen Ausdruck und dessen Bedeutung nichts ändern würde.

Gleichwohl scheint diese Nebenbemerkung scharfsinniger als sie wirklich ist. Sie will nicht zugestehen, daß das Ausdreschen eine Formgebung sey, weil die Körner schon eben so in den Aehren vorhanden seyn. Aber hierin liegt doch der Unterscheidungsgrund der gebilligten Mittelmeynung nicht. Denn sonst müßte die rohe Erzmasse auf das wenigste ganz die alte Form wieder erhalten; ihr kam aber nie eine bestimmte zu. Jene Mittelmeynung legt darauf das Gewicht, ob aus

her zu bemerken, ein neuer Fingerzeig, daß es keine ganz gleichförmige Bolognesische Recension gab; denn das Florentinische Manuscript kann doch unmöglich unmittelbaren Einfluß auf die zweyte Venetianische Ausgabe gehabt haben.

der veränderten Gestalt die vorige wieder herge=stellt werden könne oder nicht. Wem wird aber einfallen, jedes Korn wieder in seine Aehre schieben zu wollen? Darum ist denn die Anwendung in der ge=dachten Nebenbemerkung dem Entscheidungsprincip ganz entgegen.

Wie aber nun vollends, wenn eben dieses die Verfertiger der Institutionen durch die wiederholte Ab=änderung des reverti aus der Pandektenstelle in reduci hätten andeuten und gar dadurch die Nebenbemerkung, die sie aus der obgedachten Absicht stehen ließen, hät=ten entkräften wollen? Wie wenn sie gerade in dieser Beziehung nicht bloß zurückkehren, was sich bey Korn zu Aehren allenfalls denken ließe, wenn es nur nicht Menschen bewirken sollten; sondern Zurückführen, wozu menschliche Wirksamkeit unerlaßlich ist, gesagt hätten?

Auf ähnliche Weise ist wohl über einen andern durch denselben Institutionentitel veranlaßten Wider=streit wegen eines Gemäldes auf einer fremden Tafel zu urtheilen. In den Pandekten steht aus Paulus die Stelle: Aber das, was auf meiner charta geschrieben oder auf meiner Tafel gemahlt ist, wird sogleich mein; obgleich über die Mahlerey einige wegen des Werths der Mahlerey anders denken. Aber es ist nothwendig, daß jener Sache dasjenige zufalle, welches ohne die=

selbe nicht bestehen kann *). Ganz abweichend entscheiden die Institutionen, aber zum Ueberfluß hier mit bestimmter Hinweisung auf die auch in den Pandekten erwähnten verschiedenen Meynungen: Wenn jemand auf einer fremden Tafel gemahlt hat, so meynen einige, die Tafel falle dem Gemählde zu; andern scheint das Gemählde, wie es auch sey, der Tafel zuzufallen. Aber uns scheint es besser zu seyn, daß die Tafel dem Gemählde zufalle. Denn es ist lächerlich, daß ein Gemählde von Apelles oder Parrhasius als Zuwachs einer sehr schlechten Tafel zufalle **): Hierauf denn ferner noch eine bekannte Entscheidung für verschiedene Fälle, je nachdem einer oder der andre den gerichtlichen Anspruch erhebt, folgt. In diesem Fall kann nun darüber, daß die Institutionenvorschrift gelte, nicht wohl ein Zweifel obwalten. Aber warum ist denn die entgegenstehende Stelle in die Pandekten aufgenommen? Wie-

---

*) Dig. VI, 1. fr. 23. §. 3. (de rei vind.): Sed et id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum sit: licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturae: sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.

**) Inst. II. 1. §. 34. (de div. rer.): Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere.

der weil eine lange Stelle aus Pauli libro XXI. ad Edictum durch Fragment 2, 4, 6, 10, 12, 14, 16, 21, 23, 27, 31, 33 und 35 fortläuft und diese visio nicht getrennt werden sollte.

Auf eine ähnliche Weise ist das in Dig. XL, 2. fr. 9. et 11. (de manumissis vindictae) enthaltene in Inst. I, 6. §. 7. (qui et ex quibus causis manumittere non possunt) als ehemals gültig halb erzählt, halb in Beziehung genommen, aber zugleich auf das deutlichste aufgehoben. Wer kann denn zweifeln, daß diese Pandektenstellen, nicht um zu gelten, sondern höchstens nur um das deutlich aufgehobene verständlicher zu machen, da stehen? Gleichwohl kann auch dieses nur erklärbar gefunden werden, wenn man die Pandekten als ein schriftstellerisches Werk betrachtet und behandelt.

Durch eine ähnliche Würdigung möchten sich auch wohl Widersprüche in den Pandekten selbst beseitigen lassen; doch mag es an den gegebnen Beispielen zum Beleg der vorgebrachten Behauptung für jetzt, wie an der Betrachtung der Auslegung überhaupt, genug seyn, und nun zu der weitern Anwendung auf andre in den Gesetzen nicht ausgedrückte Fälle übergangen werden.

Dritter Abschnitt.

Ausdehnung des Gesetzes auf mehrere auch zur Zeit seiner Entstehung schon vorhandene Fälle.

XVIII.

Begründung einer solchen Ausdehnung.

(Vergl. Lehrbuch §. 49.)

Daß in unsrer Gesetzgebung für das gemeine Recht eine Menge Sätze und Lehren fehlen, deren man schon zur Zeit ihrer Entstehung bedurfte und jetzt eben so wenig entrathen kann; darin stimmt wohl jeder Kenner derselben überein. Darum kann denn für Theorie und Anwendung die Frage nicht übergangen werden: wie findet man diese nöthigen, aber nicht ausgedrückten, Sätze auf; sobald geschriebene und ungeschriebene Gesetze wie sie das gemeine Recht zuläßt, fehlen?

Die erste Quelle für solche Sätze geht aus der Natur jedes Rechts, besonders jedes Civilrechts und

unsers gemeinen Rechts, so nothwendig hervor, daß es dazu nicht der geringsten Unterbauung aus dem gemeinen Recht bedürfte, falls eine solche nicht vorhanden wäre. Aus festen und gewissen allgemeinen Rechtsgründen lassen sich weiter untergeordnete Sätze ableiten, die eben so sicher gelten müssen, als wenn sie ausdrücklich vorgeschrieben wären.

Nur ist hiebey wieder nicht zu vergessen, daß eine doppelte Classe solcher allgemeiner zu Rechtsquellen tauglicher Rechtsgründe vorhanden sey. An deutlich und ausdrücklich vorgeschriebene Rechtsgrundsätze wird man zunächst denken; aber außer diesen dürfen die aus dem Wesen der Rechtsverhältnisse hervorgehenden Bestimmungen, frühern Bemerkungen gemäß, eben so wenig übergangen werden. Indessen ist in beiden Fällen genau genommen von keiner Ausdehnung die Rede; es geht alles auf Anwendung dessen, das unmittelbar oder mittelbar in den Gesetzen enthalten ist oder daraus herfließt, heraus.

Für das Verfahren bey der Ausdehnung gibt es nur den Weg der Analogie. Ohne hier tiefer in die allerdings vorhandene Verschiedenheit einzugehen, ob man vom ähnlichen oder vom entgegengesetzten schließe, besteht das Verfahren der Analogie im ganzen immer darinn, daß man von einem einzelnen oder doch untergeordneten Fall zu einer allgemeinen Regel aufsteige,

und aus dieser dann die eben jetzt erforderlichen untergeordneten Sätze ableite. Die Analogie ist also nie zur Auslegung oder zur reinen Entwickelung des Sinns vorhandener Gesetze zu rechnen; sie geht ihrem ganzen Wesen nach über das Gesetz hinaus und verfährt durch weiter daraus gezogene Schlüsse. Es muß aber auch die allgemeine Entscheidungsnorm, zu welcher man hinaufsteigen will, nicht selbst im Rechtsbuch stehen; denn jeder Theil desselben kann, wenn nicht andere Gründe widerstreben, als gesetzlich geltend angesehen werden. Was aus dem Gesetzbuch geschlossen wird, kann zur Analogie gehören; was deutlich darinn, wenn auch nur nebenher, steht, nicht; so besonders die bey der Entscheidung einer untergeordneten Frage im römischen Gesetzbuch mit angegebenen höhern Rechtsgründe.

Diese allgemeine Erlaubniß, fehlende Rechtssätze aus allgemeinern ausdrücklich bestimmten Gründen und durch analogisches Verfahren sich zu verschaffen, ertheilt auch das römische Recht ausdrücklich *). Gleichwohl

---

*) Dig. I, 3. fr. 22. pr. (de legib. — von Julian): — si qua in re (nemlich, wie vorher steht, scriptae leges sowohl als id quod moribus et consuetudine inductum est) deficeret, tunc (id custodiri oportet), quod proximum et consequens est. Eod. fr. 12. (von Julian.): Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia

bedarf nun noch die Analogie in jedem einzelnen Falle Gründe, um ihre Anwendung in demselben als berechtigt zu achten und vertheidigen zu können. Hiezu sind nun wieder allein die Rationes legis tauglich. Man könnte aber wohl sagen, ihre Unterstützung wäre hier dringender zu fordern nnd müsse kräftiger erscheinen als bey der Auslegung. So weit das Gebiet der letzten reicht, ist schon jeder dem Gesetz beizulegender Sinn als wirklich vorauszusetzen und eben darum haben die Rationes legis diesen bloß aufrecht zu erhalten und ihm seinen Besitz zu sichern. Schreitet man aber über das Gebiet der Auslegung zu Erweiterung des dem Gesetz einzuräumenden Bezirks und gleichsam zu Eroberungen hinaus; so sind solche durch die Gesetzesworte und deren Bedeutung nicht veranlaßt und eben darum kann selbst eine Veranlassung dazu bloß durch die Rationes legis allein herbeygeführt und nachher durchgesetzt werden.

Um so weniger wird denn den Arten derselben, de en geringer Einfluß schon früher zur Anschauung ge-

---

procedere atque ita jus dicere debet. — Eod. fr. 27: Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est (dieser zum folgenden nicht passende Uebergang ist vielleicht ein Einschiebsel Tribonians, um mit dem vorstehenden Bruchstück eine Verbindung zu schaffen): et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas personas et ad eas res pertineret, quae quandoque similes erunt.

bracht worden, hier auch nur der kleinste zuzugestehen seyn; sondern man hat sich ausschließend auf Zweck und Rechtsgrund einzuschränken.

Der letzte allein würde ganz unbegränzt entscheiden; denn er ist eben zugleich das Ziel, das mit dem ersten Schritte des analogischen Verfahrens erreicht werden soll. Zuweilen kann auch eine ganz deutliche Aehnlichkeit der beiden Fälle, des in und des außer dem Gesetze vorhandenen, die Rücksicht auf ihn herbeiführen und dann diese durch sich selbst oder durch andre Nebenumstände als nothwendig unterstützt werden.

Meistens aber wird der in beiden Fällen gleichförmig anzunehmende Zweck die Ausdehnung verlangen und diese dann durch die Auffindung des höhern Rechtsgrundes vor sich gehen. Auch hieran erinnern die römischen Rechtsstellen theils ausdrücklich*), theils durch belehrende Beispiele. Die Rechtsgelehrten erklären mitunter in solchen Stellen wohl bestimmt, daß sie z. B. die Meynung des Edicts über dessen Worte ausdehnen**).

---

*) Eod. fr. 13: Nam — quotiens lege aliquid, unum vel alterum, introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.

**) Dig. II, 1. fr. 7. (de jurisdictione — aus Ulpian lib. 3. ad Edictum): Quod si dum proponitur, vel ante propositionum quis corruperit, edicti quidem

Man findet mehrere andere Beispiele solcher Ausdehnung, von den Rechtsgelehrten selbst vorgenommen bey Beschädigungen durch Thiere*) beym Aquilischen Volksschluß**), bey dem Senatsschluß, welcher Schenkungen zwischen Ehegatten theils von neuem beschränkte, theils in gewissen Fällen gestattete***); selbst sogar beym Verbrechen****), von welchen ein Fragment wörtlich sagt, es gäbe sowohl solche, welche aus dem geschriebenen Gesetze sich ableiteten, als solche, die nach dem Vorbilde eines Gesetzes zu bestrafen seyen*****). Man beruft sich hierüber wohl auch auf einige Titel der Institutionen über die Vormundschaft******), aber das in diesen kurz angedeutete bestimmt Ulpian in dem uns von ihm besonders erhaltenen Buch noch weit genauer und in ausdrücklicherer Zusammenstimmung mit dem

---

verba cessabunt, Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec.

*) Dig. IX, 1. fr. 4. (si quadrupes pauper. fec.)

**) IX, 3. fr. 11. pr. fr. 32. pr. (ad leg. Aquil.)

***) XXIV. fr. 32. §. 6. (de donat. int. vir. et ux.)

****) XLVII, 2. fr. 8. (de sepulchro violato) XLVIII, 9. fr. 3. (ad leg. Pompej. de parricid.)

*****) XLVIII, 4. fr. 7. §. 3. (ad l. Iul. maj.): quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est.

******) Inst. I, 17. (de legitima patronorum tutela) 18. (de legitima parentium tutela) 19. (de fiduciaria tutela).

vorher entwickelten*), so daß es wohl passend ist, daran von neuem hier zu erinnern. In allen diesen Fällen nun enthält ganz deutlich ein gleicher Zweck oder ein ganz ähnliches Verhältniß, folglich ein aus dessen Wesen hervorgehender Rechtsgrund, die Veranlassung und Begründung der Ausdehnung.

XIX.

Eingeschränkte Gestattung der Ausdehnung.

(Vergl. Lehrbuch §. 50.)

Ist nun gleich auf dem nachgewiesenen Wege eine Ausdehnung von Gesetzen auf nicht ausgedrückte Fälle thunlich und nicht gänzlich untersagt; so gestatten sie doch die Gesetze gar nicht ohne Einschränkung und noch weniger begünstigen sie dieselbe. Dieß kann wieder,

---

*) Ulpian lib. regul. tit. XI. §. 3.: Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni. — §. 5.: Qui liberum caput mancipatum sibi, vel a parente, vel coëmptore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur,

wenn man den natürlichen Verhältnissen der Dinge nicht widerstreben will, anders nicht statt haben; denn sobald nicht die Ausdehnung der Gesetze aus ihnen selbst und den vorliegenden Verhältnissen, als vollkommen berechtigt hervorgeht oder die Natur der Rechtsverhältnisse an sich neue Regeln für nicht bestimmte Fälle an die Hand gibt, folglich nur eine bloße Willkühr der Richter oder Rechtsgelehrten thätig werden würde; so hört ihre Befugniß zur Annahme fehlender Rechtsregeln gänzlich auf; sonst müßte ihnen gesetzgebende Gewalt zukommen. Daher gebietet denn Justinian bey der Kundmachung der Pandekten völlig folgerecht, wegen fehlender Rechtsregeln, auf die man stoßen sollte, vom Kaiser selbst Aushülfe zu erflehen*).

Für diesen Fall ist denn jede Ausdehnung unerlaubt und es hat nichts als Auslegung von Gesetzen hier statt, mit Enthaltung aller Einwirkung auf nicht bestimmte oder nicht den zuläßigen Regeln nach zu bestimmende Fälle. Man hat Recht alsdann bloß strenge Auslegung zuzulassen; nur darf man immer nicht bloß erklärende und einschränkende unter diesem Ausdruck verstehen, sondern jede eigentliche Auslegung. Auch der weiteste Sinn des Gesetzes ist allezeit zuläßig; denn er gehört zu den Arten des möglichen Sinns und ist nur Mittel für Auslegung, nicht aber für Ausdehnung.

---

*) Const. Tanta §. 18. Const. Δεδωκεν §. 18.

Indessen gibt es überdem noch manche Nebenbestimmungen, wo jede Ausdehnung noch stärker durch wörtliche Vorschriften oder andre Aenderungen der Gesetze bestimmt ausgeschlossen ist. So sagen einzelne Gesetze ausdrücklich: der Widerruf einer Schenkung solle bloß aus diesen (angegebenen) Ursachen *) geschehen; die Väter sollen zum Verkauf der den Haussöhnen zustehenden Güter keine Freiheit außer den angeführten Ursachen **) haben; es solle niemanden frey stehen, außer den zu nennenden Ursachen der Enterbung aus einem andern Gesetz Ursachen des Verhaßtseyns entgegenzusetzen, als die, welche im Verfolge dieser Verordnung enthalten sind ***). Doch bedarf es keinesweges immer eines ausdrücklichen Verbots; denn wenn aus den Gesetzesworten sonst deutlich genug die Ausschließung andrer Thatsachen erhellt; so ist es unstreitig eben so zu beachten, als wenn es ausdrücklich spräche. Auf diese Weise verbietet ein Gesetz für künftig unverkennbar das, was es bloß in der Vergangenheit als unstrafbar erklärt ****).

---

*) Cod. VIII, 56. c. ult. (de revocand. donat.): — ex his tantummodo causis.

**) Cod. VI, 61. c. 8. §. 5. (de bonis quae liber.): — extra memoratas causas.

***) Nov. 115. c. 3.: — ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.

****) I, 3. fr. 22. (de legib.): Cum lex in praeteritum quid induldet, in futurum petat.

Eben so kann, wie leicht einleuchtet ein Gesetz, das offenbar als Ausnahme gegen eine sonst geltende allgemeine Vorschrift (die man denn wohl in einem besondern Sinn jus commune nennt) aufgestellt ist, durchaus keiner Ausdehnung fähig seyn *), wie man denn dieß mit vollem Grunde bey Privilegien und correktorischen Gesetzen anwendet.

Hieher gehört denn auch wohl die merkwürdige Regel von Paulus: es sey nicht auszudehnen, was bloß aus Nothwendigkeit angenommen sey **), also wieder den Grund der Beschränkung deutlich in sich trage. Daß auch Strafgesetze ausgedehnt werden dürfen, ist nach dem obigen nicht wohl zu bezweifeln. Nur kann bey denselben eine Ausdehnung nicht ohne Widerspruch gestattet werden, durch welche der Aehnlichkeit wegen, Handlungen, deren Strafbarkeit nicht schon fest entschieden ist, für strafbar geachtet werden dürften. Straf-

barkeit

---

*) L, 17 .fr. 141. pr. (de reg. jur.) oder I, 3. fr. 14. (de legib. — Beide Gesetze stimmen wörtlich überein und haben auch dieselbe Ueberschrift: Paulus libr. 54. ad Edictum): Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. — Eod. fr. 15.: In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.

**) L, 17. fr. 162. (de R. I.): Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.

barkeit überhaupt muß ohne dazu erst nöthige Ausdehnung gesetzlich bestimmt seyn; aber wenn die Strafe für irgend einen solchen Fall nicht eben so namentlich bestimmt worden; so kann eine Art der Strafe aus einem andern Gesetze darauf ausgedehnt werden. Darum dehnt eins der oben über Strafgesetze angeführten Bruchstücke die legem Pompejam de parricidiis auch auf die nicht darinn genannte Schwiegermutter und Braut, und das andre die legem Juliam de vi publica auf sepulcrum violatum aus. Die Ausdehnung bey Strafgesetzen auf unentschiedene Fälle wird übrigens auch durch die früher genannten Gesetze nicht gerechtfertigt, welche bloß bey den, in den Gesetzen wirklich berührten, aber in der Bedeutung zweifelhaften, Entscheidungen von Straffachen den mildern Sinn zu befolgen vorschreiben.

Neben diesen aus dem gesetzlichen Innhalt oder Gegenstand selbst hervorgehenden Begrenzungen der Ausdehnung folgen noch andre aus den Erfordernissen derselben und dem Verfahren dabey. Zweck und Rechtsgrund allein, in Ansehung des letzten vorzüglich der aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses hervorgehende, veranlassen und berechtigen die Ausdehnung; aber beide müssen auch sowohl in dem bey dem Gesetz vorausgesetzten als in dem zur Ausdehnung offen stehenden Fall gewiß vorhanden und zuverläßig anerkennbar seyn.

Ist demnach zuförderst aus dem vorliegenden Gesetz oder aus andern damit zu verbindenden Quellen

der Zweck des Gesetzes nicht mit gesetzmäßiger Zuverläßigkeit erkennbar; ist es eben so wenig die vollständige Natur des Rechtsverhältnisses, aus welchem es ausging; ist eben so wenig an dem zur Ausdehnung vorgelegten Fall mit Sicherheit herauszubringen, ob Zweck oder Rechtsgrund, die bey demselben angenommen werden könnten, mit der dem Gesetz eigenthümlichen zusammenstimmen, so ist keine Ausdehnung gesetzmäßig befugt. Es wird auch schwerlich sich etwas anders darüber für den Fall behaupten lassen, wenn die Unterthanen durch erlaubte Handlungen ein verbietendes oder gebietendes Gesetz arglistig zu umgehen suchen. Wollte man in demselben eine Ausdehnung auch ohne Kenntniß der Ursache des Gesetzes zulassen*); wie wäre von dieser Zulassung ein Gebrauch zu machen? Wie will man eine solche Arglist ohne Kenntniß des Zwecks oder Rechtsgrundes beurtheilen, wenn man nicht zugleich der größten Willkühr Spielraum gestatten will? Ueberdem ist ein wohl deshalb angezogenes Gesetz aus der Lehre vom Macedonianischen Senatsschluß**) kaum als passendes Beispiel zuzugestehen, weil der Zweck der ganzen Festsetzung im ersten Fragment

---

*) Es ist bemerkenswerth, daß Thibaut eine in der ersten Ausgabe seiner Theorie S. 66. vorkommende Bemerkung dieses Innhalts in der zweiten S. 77. übergangen und weggelassen hat.

**) XIV, 6. fr. 7. §. 3. (de SCto. Maced.)

des Titels *) ganz deutlich und unzweifelhaft zur Kenntniß gebracht und hiernach die Anwendung leicht genug ist.

Ist es vollends außer Zweifel, daß der an sich gewisse Zweck des Gesetzes in dem zur Ausdehnung vorliegenden Fall gar nicht erreichbar sey, er mag für sich bestehend oder aus mehrern zusammengesetzt, oder von allen neben einander beabsichtigten doch keiner zu erreichen seyn; oder ist eben so zweifellos das zum Grunde liegende Rechtsverhältniß von dem im Gesetz angenommenen gänzlich verschieden; so fällt jede Ausdehnung weg. In allen diesen Hinsichten muß denn schon nicht leicht eine Ausdehnung gestattet werden, sobald in dem im Gesetz übergangenen Fall Besonderheiten vorkommen, die von den in dem Gesetzlichen liegenden Umständen abweichen; also nicht, wie sonst schon bemerkt, die Bestimmungen des Leihvertrags (commodatum) auf den Miethkontract leichtsinnig übertragen; nicht die bey den verliehenen nundinis angenommene Verjährung durch zehnjährigen Nichtgebrauch **) ohne Unterschied auf alle Privilegien angewandt werden. Eben so warnte man schon mehrmals mit vollem Fug gegen die Anwendung der Rhodischen Gesetze über den Seewurf auf Fälle, wo der Nutzen, den einige bestimmt durch den Verlust andrer gewonnen haben, entweder

*) Eod. fr. 1. pr.

**) L, 11. fr. 1. (de nundinis).

nicht rein erwiesen oder aber nicht verhältnißmäßig genug anzugeben und zu vertheilen ist. Hievon liegt aber der eigentliche Grund darinn, weil die Rechtsverhältnisse, welche hier als Rechtsgrund dienen müßten, sich nicht völlig gleich stehen.

Zum Schluß muß auch noch einmal von neuem darauf ein Gewicht gelegt werden, daß nur Zweck und Rechtsgrund, nicht aber andre rationes legis, zur Ausdehnung hinreichen. Ueber die Veranlassung darf eher geschwiegen werden; aber vor dem Verleitenlassen zur Ausdehnung wegen des Beweggrundes ist stärker zu warnen, weil hiezu manche Behauptungen über das Justinianeische Rechtsbuch auffordern. Eins der merkwürdigsten Beispiele gibt dabey die Aufhebung der Berechnung des anni utilis in mehrern Fällen der Klagenverjährung an die Hand. Bey mehr als einem solchen Gesetz gibt Justinian seinen Zweck ganz deutlich an *), daß durch die Einführung einer andern natürlicher zu berechnenden Zeit die Ungewißheit bey der Berechnung gehoben werde. Aber dieser Zweck kann unmöglich das geringste über ein an die Stelle zu setzendes festes Zeitmaaß entscheiden. Hiezu haben von dem Zwecke ganz

---

*) Ausführlich in Cod. VII, 40. c. 1. pr. (de annali exc.); kürzer in Cod. II, 53 c. 7. (de tempor. in int. rest.): supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus etc.

unabhängige Beweggründe den Gesetzgeber bestimmen müssen; wenn auch diese nicht immer später nachzuweisen sind. Solche aber lassen eben darum gewiß nicht unbedingt zu, daß die durch sie für einige Classen der Klagen abgeänderten Zeiten für alle übrigen sogleich gelten. Bey der eben vorliegenden Lehre kommt nun freilich in der Justinianeischen Gesetzgebung noch der Umstand in Betracht, daß in dem zuletzt genannten Gesetz die Verjährung bey den Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand von einem anno utili auf vier gerade fortlaufende Jahre, in dem andern *) aber bey Personalklagen überhaupt u. s. w. auf dreyßig Jahre gesetzt worden, wobey es also um so ungewisser wird, welche Zahl bey andern nicht berührten zu wählen und anzuwenden seyn möchte.

---

*) Eod. fr. 1. cit. §. 1.

Vierter Abschnitt.

Anwendung der Gesetze auf später eingetretene Fälle und veränderte Lagen.

(Vergl. Lehrbuch §. 51 — 55.)

Noch eine Art der Ausdehnung von Gesetzen geht nun auf solche Fälle, die zur Zeit des Gesetzes noch nicht vorhanden waren, und damit ganz bestimmt gesprochen werde, eine solche ist besonders wichtig in Ansehung der in den neuern Zeiten vorkommenden Fällen, welche die römische Welt, aus der sich ein so wichtiger Theil unsrer Gesetzgebung herschreibt, gar nicht oder doch nicht auf dieselbe Art bekannt waren. Offenbar steht diese Betrachtung in der innigsten Verbindung mit der andern, inwiefern Gesetze älterer Zeiten bey veränderten Lagen und Umständen ihre Gültigkeit behalten. Mit Recht drang man längst auf strenge Beibehaltung der Regel, daß im Zweifel Gesetze ihre Gültigkeit nicht verlieren; und es seyen sonst schon gegebene Nebenbestimmungen mit Rücksicht auf die oben

versuchten neuen Unterscheidungen noch genauer so ausgedrückt: die Gesetze verlieren dann gewiß ihre Gültigkeit nicht, wenn bloß die Veranlassung, die ohnehin vorübergehend seyn müßte, oder der Beweggrund, der nicht die Hauptursache des Gesetzes seyn konnte, weggefallen ist. So sind die Gesetze, bey denen Zeiten und Zahlen nothwendig zu bestimmen waren, wie nach frühern Beispielen bey Verjährung und Testamenten, darum, weil zu unsern Zeiten die Umstände nicht mehr vorhanden sind, welche zur Festsetzung jener Zahlen bewegten, nicht im mindesten in ihrer Kraft geschwächt. Dennoch sind auch gewiß nicht alle vorhandenen Gesetze noch jezt gültig. Einige freilich schon darum nicht, weil sie wegen ihrer ursprünglichen Dunkelheit oder wegen Widerspruchs mit andern nie Gültigkeit haben konnten. Dieß freilich wäre keine Aufhebung von Gesetzen; es trifft aber doch in der Rücksicht mit derselben zusammen, daß Dunkelheit und Widerspruch erst in spätern Zeiten entstanden seyn können; etwa durch Verderbniß des Textes, durch Ausfallen von Worten, durch entstandene Unverständlichkeit der Gesetze wegen veralteter Worte, unbekannt gewordener Verhältnisse oder anderer Ursachen. In beiden Fällen sind denn von den bekannten Mitteln zur Abhülfe der Dunkelheit und des Widerspruchs und besonders zur Auffindung stellvertretender Grundsätze dieselben anzuwenden, welche überhaupt bey fehlenden Gesetzen angewendet werden müssen.

Zwar wollen einige im letzten Fall dieselben Regeln befolgen, welche bey zweideutigen Gesetzen gelten können. Allein zweideutige sind nicht widersprechende. Mit Recht sagt freilich Paulus *): In einer zweideutigen Rede sagen wir nicht beides (das nach dem doppelten Sinne denkbar wäre), sondern nur das, was wir sagen wollen. Denn allerdings ist in zweideutigen so gut als in widersprechenden Gesetzen ein doppelter Sinn, eine doppelte Vorschrift, möglich; aber mit dem wichtigen Unterschied, bey zweideutigen ist nach ihrer Natur einer von beiden alternativ anzunehmen und dieß muß der allein richtige seyn; welches denn durch die Auslegungsregeln auszumachen seyn wird; bey widersprechenden hingegen ist in jedem Gesetz einer allein ganz bestimmt gesagt, von Auslegung dabey keine Rede mehr, sondern einem mußte mit Verwerfung des andern der Vorzug gegeben, aber wohl auch leicht zuweilen ein dritter nicht in den Gesetzen ausgedrückter angenommen werden. Dieß entscheidet der Gesetzgeber allein oder bey dessen Schweigen nur eine Folgerung aus andern allgemeinen Grundsätzen.

Früher wirklich gültige Gesetze können aber doch ihre Gültigkeit verlieren. Zuerst am sichersten und fast

---

*) XXXIV, 5. fr. (de reb. dub.): In ambiguo sermone non utrumque dicimus sed id duntaxat quod volumus.

am entschiedensten, wenn der Gegenstand, von dem sie etwas verordnen, gänzlich aufgehört hat zu seyn. So kann z. B. die von Theodosius II. und Valentinian III. genau vorgeschriebene Art, wie neue Gesetze gegeben werden sollten *), schon darum gar nicht mehr beobachtet werden, weil wir gar keinen Senat, wie den römischen mehr haben. Eben so fällt sehr vieles in der alten Verfassung, den besondern Länderverhältnissen und Sitten gegründete weg. Das meiste davon steht im Codex, aber selbst in den Pandekten und Institutionen z. B. so manches Localprivilegium bey der Tutel, so vieles über Sclaverey und Freilassung, so manches besondre in den Aemterverhältnissen, u. a. mehr.

Hiebey muß man nun freilich auf einer Seite sich nicht dazu verleiten lassen, eine entfernte oder gelegentliche Verbindung mit römischen Gebräuchen, die nicht den Gegenstand des Gesetzes angeht, sondern nur auf die Beweggründe Einfluß hat, als hinlänglich zur Ungültigwerdung eines Gesetzes anzusehen; sondern man muß die oben schon erörterte, immer nur lockere Verbindung des Beweggrundes mit dem Gesetze stets in ihrem richtigen Lichte betrachten. Auf der andern Seite aber muß man sich auch durch keinen bloßen Namen täuschen lassen. Wie viel altrömische Benennungen hat

---

*) Cod. I, 14. c. 8. (de legibus).

man nicht auf neuere deutsche Gegenstände angewandt! Dabey ist denn ein genaues Aufmerken auf die Uebereinstimmung oder Verschiedenheit der gleich benannten Gegenstände von der höchsten Wichtigkeit. Eben deswegen ist auch gewiß so vieles nicht anwendbar, was sich bloß auf die lateinische Sprache als eine lebende und zu Rechtsgeschäften in Beziehung auf damalige Lebensverhältnisse angewandte sich gründet; z. B. so manches besondre in der Lehre von den Dienstrechten und Vermächtnissen. Gerade hier ist das früher erwähnte nie aus der Acht zu lassen, daß viele Stellen der Pandekten bloß Erläuterungen des römischen Sprachgebrauchs enthalten. Begreiflicherweise aber erfordern Beurtheilungen dieser Art allezeit genaue Kenntniß vom Alterthum und der alten Sprache, wie im Gegensatz von dem jetzigen Lebensverhältnissen und den nunmehr lebenden Sprachen.

Indessen bloß des Gegenstandes Verschwinden stürzt des Gesetzes Gültigkeit nicht allein; unstreitig eben so sehr das Wegfallen des Zwecks oder Rechtsgrundes, auf den ein Gesetz sich bezog oder stützte. Was man sonst wohl vom Bestehen des Gesetzes selbst beym Wegfallen seines Grundes gesagt hat; kann nur, wie schon gedacht, auf das Verschwinden der Veranlassung oder des Beweggrundes bezogen werden und alle darüber gegebenen Beispiele beziehen sich nur auf den letzten. Fällt der Zweck des Gesetzes weg; so ist

es ja zu nichts vorhanden, und also ist dann ganz einerley, ob es beobachtet werde oder nicht. Ein völlig gleiches Verhältniß ergibt sich auch, wenn der Rechtsgrund dahin geschwunden ist. Denn zu gleicher Zeit schwinden mit ihm alle darinn enthaltenen Theile und alle untergeordneten Folgen. Beides, besonders der Zweck, kann auch aus der genauen Betrachtung des Gegenstandes sich ergeben und mit diesem innigst verbunden seyn. So ist die Behauptung neuerer Rechtsgelehrten nicht wohl statthaften Zweifeln unterworfen, daß die Beschränkung der stillschweigenden Wiederpacht bey einem Landgut auf ein Jahr nach römischen Recht in der Absicht geschehen sey, damit der Pächter das Gut einmal in allen seinen Theilen hindurch nutzen könne; daß dieß aber nur nach den südlichen Verhältnissen und Wirthschaften in einem Jahr möglich sey; dagegen in den nördlichen Provinzen gewöhnlich drey Jahre erfordert würden; eben darum aber jene durch den Zweck selbst erzeugte Zeitbestimmung da sie zu dem Zweck nicht mehr förderlich seyn könne, auch nicht weiter anzuwenden sey. Auf ganz gleiche Weise ist in Ansehung der Rechtsgründe keine Bestimmung mehr gültig, welche das besondere Wesen der Contractuum stricti juris voraussetzt, weil wir diese durchaus nicht mehr annehmen.

Daß übrigens, wenn einem Gesetz mehr Zwecke oder Rechtsgründe unterliegen, ein solches nicht durch

das Verschwinden eines oder des andern von diesen, sondern nur aller ungültig werde, ist nicht zu bestreiten und wird mit Recht durch das Fragment erläutert, nach welchem keine Verzugszinsen von einer Schenkung aus zwey Rechtsgründen zu fordern sind *), von denen der letzte freilich abgeändert worden, der erste die höchste Billigkeit, aber noch fortbesteht, und in der That den letzten nur als Nebengrund zur Seite hat. Gegen diese Behauptungen über die Abhängigkeit der Fortdauer eines Gesetzes von Zweck und Rechtsgrund kann auch die Einwendung, daß ein Gesetz seine Verbindlichkeit nicht von seinem Grunde, sondern von seiner Sanction erhalte und also durch eine entgegenstehende Sanction aufgehoben werden müßte **), nichts verfangen. Freilich wird es durch eine entgegengesetzte Sanction aufgehoben; aber keinesweges allein dadurch, sondern unstreitig schon wenn nur der Gegenstand des Gesetzes gänzlich und für immer wegfällt. Gibt es aber nur einen andern Weg der Aufhebung noch; warum sollen denn durch dies Argument allein noch mehrere sonst ausgeschlossen seyn?

---

*) XXXIX, 5. fr. 22. (de donationib.): Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est: maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

**) Thibaut Theorie 2te Aufl. S. 102.

Man führt wohl noch zur Unterstützung dieser Einwendung ein römisches Gesetz *) an; allein man erlaube mir das freimüthige Geständniß, daß es mir ziemlich offenbar scheine, man trage in diesen wie in andern Fällen, wie dasselbe dann sehr häufig angewandt wird, in dieß Fragment etwas hinein, das nicht eigentlich darinn steht. Es sagt zwar: es sey nichts so natürlich, als daß etwas auf dieselbe Art aufgelöst werde als es geknüpft worden; aber das sagt es nicht, daß es einzig und allein auf diese Art aufgelöst werde. Die wörtliche Obligation wird durch Worte und die durch bloßen Consens eingegangene durch entgegenstehende Einwilligung aufgehoben; aber beide auch durch Zahlung, Gegenrechnung, Wegfallen der Bedingung, Ablauf der Zeit u. dgl. So denn auch das Gesetz allerdings durch Sanction, aber neben dem durch Wegfallen des Gegenstandes, Zwecks und Rechtsgrundes. Also möchte auch hieraus das vorstehende schwerlich angefochten werden können.

---

*) L, 17. fr. 35. (de R. I.): Nihil est tam naturale, quam eo genere quicquid dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario dissensu dissolvitur.

III.

Veränderte allgemeine

Ansicht

der

Lehre von den Privilegien.

Zur Erläuterung

der

§. 88 — 97 und 1352 — 1356

des

Lehrbuchs.

III.

Bekannt genug sind die Zwistigkeiten in der Lehre von den Privilegien und oft genug schon gehört die Klagen über die mannichfaltigen Schwierigkeiten derselben. Um so stärker ist denn wohl jeder Versuch zu deren Hebung veranlaßt, wenn er auch nur theilweise Abhülfe bewirkte. Ohne hier jeden Punkt zur Prüfung zu ziehen, möchte doch vielleicht eine Berichtigung einiger Hauptansichten, wegen der daraus zu hoffenden wohlthätigen Folgen, die Aufmerksamkeit stark auffordern; und zwar um so mehr, weil sie sogleich einen Beleg für die nicht genug einzuschärfende und zu berücksichtigende Nothwendigkeit der genauen Beachtung jedes einzelnen Verhältnisses in seinem bestimmten Wesen hergeben wird.

I.

Vorbereitung — Eintheilung in jus generale und speciale.

(Vergl. Lehrbuch §. 88.)

Das Wort Recht oder jus hat unter mehrern andern Bedeutungen, die ihm schon für die gewöhnliche

Sprache eigen sind, vorzüglich zwei hier anwendbare: Es bedeutet, um diese nur kurz zu bezeichnen, einmal ein Vermögen zu handeln, das nach Rechtsgesetzen statt hat; sodann ferner eine gesetzliche Vorschrift, durch die solche Vermögen bestimmt werden. In diesen beiden Bedeutungen unterscheidet man nun jus generale und speciale; Uebersetzung beider Worte läßt sich nicht wohl wagen; denn es giebt keine angenommenen und auch schwerlich überhaupt solche aufzufindende deutsche Ausdrücke dafür, die sich schnell mit einiger Allgemeinheit empfehlen würden. Um also leichteres Verständniß zu befördern, mögen die lateinischen Worte beibehalten werden. Jus generale ist demnach ein solches Recht, dessen Subjekt in der Regel alle Privatleute sind. Jus speciale dagegen ein solches, das nur wenigeren als Ausnahme zukommt, welche sonst einerlei Recht haben. Ein solches jus speciale bezieht sich demnach blos auf die Ausbreitung der Rechte in Ansehung ihrer Subjekte, ohne alle Rücksicht auf ihren Ursprung.

Sieht man aber nun auf diesen Ursprung und mögliche davon abhängende Unterscheidungen; so kann ein solches Recht, das bloß für einige, welche sonst gleiches Recht haben, als Ausnahme gilt, also ein jus speciale, denen, welchen es zukommt, entweder von Privatleuten gegeben und zugestanden oder durch die gesetzgebende Gewalt des Staats ertheilt oder verliehen seyn.

II.

Allgemeine Bestimmung von Privilegium.

(Vergl. Lehrbuch §. 89.)

Die eben angegebne Unterscheidung führt uns nun zu den Privilegien. Nothwendig müssen hier in manchen dabei vorkommenden Ausdrücken mehrere Bedeutungen und dann noch manche bisher zusammengeworfene Unterarten gesondert werden. So ist gleich die Bemerkung hervorzuheben, daß die Ausdrücke: eignes Recht (jus singulare) und Privilegium eine allgemeinere und eine eingeschränktere Bedeutung haben. Im weiteren Sinne sind sie beide gleichbedeutend; im engern bezeichnen sie Unterarten dessen, was die weitere Bedeutung ausdrückt.

Ist nach dem eben bemerkten ein jus speciale durch die gesetzgebende Gewalt des Staats ertheilt oder verliehen, so ist es ein eignes Recht oder ein Privilegium im weitern Sinne. Dieses ist demnach, um es durch ein nochmaliges Zusammenfassen in desto größere Klarheit zu setzen, ein Recht, das einer

oder mehreren Personen als Ausnahme von einer allgemeinen Rechtsregel, durch die gesetzgebende Gewalt ertheilt ist.

Sondert man nun, was in dieser Bestimmung zusammen enthalten ist; so muß

1) immer von einem besonders und abweichend bestimmten Recht die Rede seyn. Es wird

2) eine Einschränkung auf bestimmte Personen als die Subjekte des Privilegiums erfordert. Es kann einmal zustehen einem Privatmann, oder wenigen physischen Personen, oder auch einer moralischen Person, theils überhaupt, theils ihren einzelnen Gliedern, wie vorzüglich bei Städten. — Gesetzliche Beispiele dafür finden sich 1) in Dig. L, I. fr. 1. §. 2. (ad municipalem), nach welchem es ein Privilegium der Weiber aus einigen municipiis war, daß ihre Kinder municipes der Stadt wurden, aus welcher die Mutter herstammte, da sonst die allgemeine Regel war, daß das Municipalrecht durch den Vater überging *), — 2) in Dig. XXVII, 1. fr. 17. §. 1. (de

---

*) Qui ex duobus — Campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed (et) si ex patre Campano, matre Puteolana, aeque Campanus est: nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur: tunc enim maternae originis erit municeps. Utputa Iliensibus concessum est, ut qui matre Iliensi est, sit eorum municeps. Etiam Delphis hoc idem

excusationib. tutorum), zufolge deſſen die Einwohner von Ilium oder Troja die Vormundſchaft aller derer, welche nicht auch Ilienſer waren und auch wohl andere Laſten zu übernehmen nicht verpflichtet waren *). Ein ſolches Privilegium kann ferner einer ganzen Familie zuſtehen, ſodann einer ganzen Gattung von Perſonen, ſeyen dieſe phyſiſche, als Minderjährige, Weiber u. ſ. w., oder auch juriſtiſche, als Städte, Kirchen u. dgl.; und endlich einer gewiſſen Gattung Rechtsſachen; z. B. dem Brautſchatz, den Bürgſchaften, wie

---

tributum et conservatum est. Celsus etiam refert, Ponticis ex beneficio Pompeji Magni competere, ut qui Pontica matre natus esset, Ponticus esset: quod beneficium (auch dieſer Zuſatz kann noch zur Erläuterung des oben geſagten dienen) ad vulgo quaesitos solos pertinere quidam putant: quorum sententiam Celsus non probat: neque enim debuisse caveri, ut vulgo quaesitus matris conditionem sequiretur: quam enim aliam originem hic habet? (da bliebe es bei der Regel, und wäre darum kein Privilegium, kein beneficium) sed ad eos, qui ex diversarum civitatium parentibus orerentur.

*) Iliensibus et propter inclytam nobilitatem civitatis et propter conjunctionem originis Romanae jam antiquitus et senatusconsultis et constitutionibus principum plenissima immunitas tributa est, ut etiam tutelae excusationem habeant; scilicet eorum pupillorum, qui Ilienses non sunt. Idque Divus Pius rescripsit.

das beneficium ordinis et divisionis *). Freilich kann ein solches als Ausnahme bestehendes Recht doch noch immer eine ziemlich allgemeine Regel seyn und begründen **); dies ist auch schon aus vielen der oben genannten Beispiele hinreichend klar. Das allein würde indessen dem Sprachgebrauch widersprechen, wenn man eine ganz allgemeine Regel darunter verstehen und wenn man das übersehen würde, daß es immer nur als Ausnahme gegen eine noch allgemeinere Regel gelten muß.

Neben jenen eben erwähnten Bestimmungen ist nun aber ein jedes Privilegium oder eignes Recht

3) bloß von der gesetzgebenden Gewalt im Staate zu ertheilen. Privatleute können sich unter einander ungezweifelt jura specialia zutheilen; aber nie sind dies Privilegien oder jura singularia; und nie kann geradezu von einer dieser Arten ein Schluß auf die andre für gültig erkannt werden.

Eine diesem vollkommen gemäße Bestimmung des erwähnten, den Römern im allgemeinen, und nicht bloß als Kunstwort, längst bekannten Verhältnisses

---

*) Hofackers (elem. §. 16. princ. I. §. 90. 91.) abweichende Unterscheidung ist weder in den Gesetzen noch im Sprachgebrauch der Rechtsgelehrten gegründet.

**) Thibaut Versuche Th. II. Abh. 13. S. 270.

findet sich im römischen Rechtsbuch *) und an Beispielen, wo für solche Verhältnisse jene Ausdrücke gebraucht werden, fehlt es in demselben auch nicht. So heißen privilegia der Vorzug der Frau und Braut bei der Klage wegen des Brautschatzes **), das Vorrecht der Pupillen bei den Gütern des Vormundes ***), und überhaupt alle oben berührten Gattungen derselben ****). So führte auch Paulus in seinem Buch de jure singu-

---

*) I, 3. fr. 16. (De legib. Paulus libro singulari de jure singulari): Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

**) XXIII, 3. fr. 74. (De jure dotium): Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis ut uxor habeatur: exemplo dotis, condictioni, favoris ratione, privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.

***) XXVI, 7. fr. 42. (De adminisrat. et peric. tut.): Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit: in rem suam judicatus procurator datus, privilegium pupilli non habebit. — Eod. fr. 44. §. 1.: Sed si pupillus post pubertatum, rationibus a tutore acceptis, reliquationem ejus secutus, usuras acceptaverit, privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis: Praetor enim privilegium ei servare debet.

****) L, 17. fr. 196. (De regulis jur.): Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae.

lari, unstreitig als ein Beispiel eines solchen Rechts, Besonderheiten aus der Rechtswohlthat der Kompetenz an *).

Besteht aber nun ein Privilegium überhaupt in einem solchen für wenigere geltenden Recht; so bildet es sich doch in mehrere verschiedene Zweige, und zwar schon nach der Art des darinn verliehenen Rechts. Diesem Gegenstande nach können die Privilegien bestehen theils in Ausnahmen von allgemeinen Verbindlichkeiten der Unterthanen, welche in der römischen Rechtssprache meistens immunitates heißen, und wovon die Römer besonders die Befreiungen von städtischen Verpflichtungen, vorzüglich zu Aemtern und unter diesen auch zur Uebernahme von Vormundschaften, als Beispiele kennen, zu denen aber neuere Zeiten noch vieles andre, als Befreiungen von Steuern, Diensten, Einquartierung u. dgl. hinzuthaten. Theils aber enthalten sie ausschließende Privatrechte mit Einschränkungen der Rechte anderer Privatleute oder Auflegung von Verbindlichkeiten an diese; z. B. beim Brautschatz, den Rechtswohlthaten der Kompetenz, Ordnung, Theilung,

---

*) XXIV, 3. fr. 54. (Soluto matr. — Paulus libro singurari de jure singulari): Maritus facere posse creditur, nullo deducto aere alieno: item socius, item patronus, parensve: at is, qui ex donatione convenietur, omni aere alieno deducto, facere posse intelligitur.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder auch bei Monopolien, Handwerks-, Handels-, Mühlen-, Schenk-, Bau-Rechten, ferner bei Ehren-, Rangs-Vorzügen u. dgl. Als eine dritte Klasse von Privilegien kommen auch wohl Hoheitsrechte vor, welche gegen die gewöhnliche Ordnung Privatleuten ertheilt sind.

III.

Unterschied der eignen Rechte und der Privilegien im strengen Sinne.

(Vergl. Lehrbuch §. 90.)

Weit einflußreicher für die ganze Lehre ist indessen eine andere Abtheilung. Die eben durchlaufene Reihe von Beispielen enthält unverkennbar zwei sehr von einander zu sondernde Klassen von Privilegien, deren Scheidungsgrund in den verschiedenen Verordnungen zu suchen ist, aus denen sie entspringen.

Unstreitig sind einige, ihrer Natur nach, allein aus allgemeinen Gesetzen abzuleiten; andre dagegen können bloß auf besondern, nur wenige Unterthanen zunächst betreffenden, Verordnungen beruhen.

Wenn für Vormundschaften, weibliche Güter, Bürgen, Minderjährige und andere Klassen von Personen und Rechtsgeschäften etwas festgesetzt wird; so geht dies keine kleine Zahl von Menschen an, sondern alle, die zu diesem Stande gehören oder in diese Verhältnisse treten. Es ist auch nicht an einzelne bestimmte Menschen bekannt zu machen; sondern es kann nicht anders als in allgemeinen Gesetzen sich finden, die an alle Unterthanen kundgemacht sind, damit jeder, der in jenen Ständen oder Verhältnissen ist oder mit solchen zusammentrifft, sie kenne und befolge. Von dieser Art kommen denn allein eigne Rechte oder Privilegien in Gesetzbüchern, und namentlich im römischen Rechtsbuch vor, weshalb man denn im Mittelalter von Beneficiis in corpore juris clausis sprach. Beide gedachte Namen führen sie, wie schon oben belegt worden, selbst in der römischen alten Rechtssprache; gleichwohl hat man in neueren Zeiten sie genauer von der andern Klasse scheiden wollen und darum vorzugsweise ihnen die Benennung eigner Rechte vorbehalten.

Ein ganz anders Verhältniß hat in Ansehung der andern Klasse statt. Alles, das für einzelne Menschen, für einzelne Fälle oder auch für kleinere, aber unter einander verbundene, Menschenkreise, seyen dies Familien, Gesellschaften, oder Gemeinheiten, festgesetzt wird, kann auch an sie unmittelbar gerichtet und erklärt werden; es würde sogar fast nie auf eine

schickliche Weise seinen Platz in einem allgemeineren Gesetzbuche erhalten. Diese Klasse erscheint darum nur als in besonderen Verordnungen gegründet und ihr wird dann der Name Privilegien im strengern Sinne beigelegt. So erklärt es sich denn auch desto leichter, warum Privilegium nicht bloß, wie schon früher gedacht, das Recht und die Rechtsregel, sondern auch wohl die besondere Verordnung bedeutet, in der diese enthalten und jenes gegründet ist; so daß man wohl beim Vorzeigen und Auseinanderschlagen der Urkunde darüber sagt: Hier ist mein Privilegium.

Es kann und soll keinesweges geleugnet werden, daß diese doppelte Klasse lange bekannt und angenommen war; aber in der darüber nöthigen Theorie blieben beide Arten immer vermischt. Nun giebt es freilich einige Rücksichten, in Ansehung welcher die Behandlung völlig gleich bei beiden Arten seyn muß und kann. Sie sind beide besonders bestimmte Rechte; sie gelten beide als Ausnahmen gegen allgemeinere Rechtsregeln; sie sind beide von der gesetzgebenden Gewalt verliehen. Darum gilt denn auch manches allerdings für beide gemeinschaftlich; aber mehr als eine Frage wird bloß dadurch schwierig und verwirrt, daß man die genannten Klassen nicht sondert, und daß man nicht sogleich davon ausgeht, manche dieser Fragen könne nur auf eine von beiden Klassen allein bezogen, manche müsse für jede ganz abweichend beantwortet

werden. Durch diese Sonderung der Ansichten und Fragen kann es darum erst heller in dieser Lehre werden.

Ein ähnlicher Unterschied zwischen beiden zeigt sich schon unter andern sogleich in ihrem Platz und ihrer Stellung gegen das ganze Rechtssystem betrachtet. Die Klasse der auf allgemeinen Verordnungen beruhenden besonders sogenannten eignen Rechte muß unstreitig gleich anfangs abgehandelt und also mit ihr auch das beiden Klassen gemeinschaftliche, folglich das ihr, wie der andern, zum Grunde liegende verbunden, oder vielmehr dadurch auf die besondre Abhandlung einer jeden Klasse vorbereitet werden. In der weitern Ausführung des Systems sind eine Menge solcher einzelnen eignen Rechte zu entwickeln; und also ist es unumgänglich nothwendig, diesen das allgemeine darüber vorauszusenden. Dagegen kann von dem Inhalt besonderer Verordnungen als etwas wirklich geltendem nichts im Rechtssystem gelehrt werden; es kann ihrer bloß als möglich gedacht; es kann bloß erwähnt werden, daß überhaupt solche Ausnahmen durch besondre Verordnungen gegen das allgemeinere, oder noch bestimmter gegen das gemeine, Recht statt haben könnten. Von denselben kann denn die Theorie überhaupt als von einem durch die Beziehungen der Regierung zu den Unterthanen möglichen Institut, folglich als

von einem Regierungsprivatrecht *), gegeben; und von einzelnen auch wohl mancher Umriß als von einem möglichen Recht vorgetragen werden; aber weiter kann man ungezweifelt in den allgemeinen Vorträgen von Rechtslehren nicht gehen.

Auch ist es unverkennbar, daß manche Unterschiede der Privilegien aus andern Gründen, selbst solche, die erst in neuern Zeiten herausgehoben und benannt worden, auf beide bisher erwogne sich anwenden lassen. So unbedenklich der Unterschied in privilegium favorabile und odiosum. Wenn gleich mitunter die letzten geleugnet und als unter die Privilegien aufnehmbar nicht anerkannt werden sollten; so widersprechen sie doch dem Begriff derselben gar nicht. Man kann allerdings sich Rechte, als Ausnahme gegen allgemeinere Vorschriften bestimmt, denken, bei denen die Abweichung nicht in einer Erweiterung, sondern in einer Beschränkung besteht. Auch bei Strafen läßt sich der Begriff anwenden; denn unstreitig kann man auch einem zu Bestrafenden noch Rechte, vermöge welcher er nicht höher bestraft werden dürfe, beilegen; und da ist alsdenn noch eine größere Beschränkung dieser Rechte gegen Strafen als ein verhaßtes Privilegium wohl anzusehen. Allein auch außerdem wären wohl noch andre Beispiele zu finden; so ist das Ausschließen

---

*) Vergl. meine Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswiss. II und III Stück.

gewisser Klassen, z. B. der Juden vom Besitz liegender Güter überhaupt oder bestimmter liegender, etwa adlicher, Güter aus demselben Gesichtspunkt zu würdigen. Aber immer wird auch diese Klasse bei jeder von beiden fast zum Grunde gelegten Arten, den eignen Rechten oder den Privilegien, sich anwenden lassen. Höhere Strafen oder geringere Rechte können für ganze Klassen, wie zum Theil eben gedacht, oder für einzelne Menschen festgesetzt werden. Die Folge wird eine noch neue Anwendung dieser Bemerkung herbeiführen.

Ohne hier nun in manche andre einzelne Bestimmung, Benennung und bloß wissenschaftliche Behauptung, besonders der neuern Zeiten, weiter einzugehen, mögen einige für die Anwendung durchaus erforderliche Betrachtungen und Rechtssätze nach dem oben festgestellten Gesichtspunkt nach einander erwogen und daran der Werth jener Unterscheidung geprüft werden.

IV.

IV.

Allgemeine Wirkungen aller eignen Rechte oder Privilegien.

(Vergl. Lehrbuch §. 91.)

Wie auch ein eignes Recht oder Privilegium ertheilt sey; so ist es ganz unstreitig immer ein besonders bestimmtes, es sey erweitertes, verändertes oder beschränktes, Recht, und also ungezweifelt immer mit denselben Wirkungen wie jedes andre Recht begleitet; eben so wie es, als gesetzliche Vorschrift verstanden, ganz die allgemeinen Bestimmungen mit jedem andern Gesetz, mit jeder andern gesetzlichen Vorschrift, gemeinschaftlich haben muß.

Insofern demnach jedes eigne Recht oder Privilegium ein Recht ist; insofern theilt es auch unstreitig mit jedem Recht die Eigenschaft, daß der damit begabte sich desselben bedienen könne oder nicht. Man darf also auf ein Privilegium Verzicht leisten, wozu denn freilich zuweilen wohl Beweggründe aus dem eignen Interesse bestimmen mögen. Denn nicht selten

sind Privilegien nur unter Beschränkungen oder gegenseitigen Auflagen und Belästigungen verliehen. Hiebei ist nun aus den beiden oben gesonderten Klassen kein Grund des Unterschiedes aufzufinden. Man kann eben so wohl seine Gewerbsfreiheit, sein Monopol, seine Ehrenvorzüge im einzelnen Falle ruhen lassen oder sich deren ganz begeben, als die Frau ihre Rechte beim Brautschatz oder der Intercession oder auch der Minderjährige seine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bei der er ohnehin oft etwas herauszahlen muß, aufgeben kann. Vom letzten Fall spricht das römische Recht ganz ausdrücklich, und gründet es zugleich auf den vorher als Grundlage genannten Rechtssatz *).

Daß übrigens diese Freiheit, sein Privilegium aufzugeben, einem Dritten nie schaden, also auch ein Dritter durch solches Aufgeben seine Rechte nie verlieren, folglich dann, wenn das Aufgeben des eignen Privilegiums den Verlust von Rechten für andre nach sich ziehen würde, ein solches Aufgeben wohl beschränkt

---

*) IV, 4. fr. 41. (De minorib. XXV. annis): Si judex circumvento in venditione adolescenti jussit fundum restitui, eumque pretium emtori reddere, et hic nolit (uti) hac in integrum restitutione, poenitentia acta: exceptionem utilem, adversus petentem pretium, quasi ex causa judicati, adolescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt.

seyn könne; fließt ganz aus der Natur der Sache; die Anwendungen davon, daß sie wenigstens mit dem Inhalt der einzelnen Privilegien verwebt sind und sich darnach abändern, überdem auch dem römischen Recht in Ansehung der abweichenden Eigenthümlichkeiten ziemlich fremd bleiben, mögen für unsern jetzigen Zweck besser übergangen werden.

Auf ähnliche Weise theilen auch beide Arten von Privilegien mit allen andern Rechten die Eigenschaft, daß andern als den Berechtigten Verbindlichkeiten in Ansehung derselben obliegen. Andre dürfen den Privilegirten nicht an Ausübung seines Privilegiums hindern, dem Privilegium nicht entgegenhandeln, es nicht nehmen, nicht beeinträchtigen, nicht durch Auslegung schmälern. Dennoch geht das Gesetz, welches auf listige Auslegung und Bestreitung eines gültigen Privilegiums Infamie setzt, und dem Richter eine Geldstrafe droht, der dagegen einen Proceß fortsetzen läßt oder an den Fürsten als ob es zweideutig wäre, berichtet *), insofern es auf solche als Ausnahme geltender Rechte geht doch nur den Worten sowohl als dem Inhalt nach auf die eigentlich sogenannten Privilegien, und ist auf eigne Rechte nicht zu beziehen. Diese Verpflichtung andrer läßt sich auch in der Ausübung nicht früher begründet denken als wie bei andern Gesetzen, von der Zeit der

*) Cod. I, 14. c. 2. (de legib.)

Kundmachung; nur daß wieder bei eigentlichen Privilegien, die nicht auf allgemein kundgemachten Gesetzen beruhen, sehr oft wenigstens eine besondre Anzeige oder Insinuation an die dadurch eigentlich Verpflichteten an die Stelle der Kundmachung treten muß. Auch ist dadurch, daß die Ausübung der Verpflichtung nicht eher als nach geschehener Insinuation ihrer eigensten Natur nach eintreten kann, immer nicht ausgeschlossen, daß das Recht mit seinen Wirkungen als früher begründet wohl geachtet werden mag, wie dies bei den Gnadenrescripten angenommen ist *); nur daß es solche Wirkungen seyn müssen, die nicht sogleich wirklich werden, sondern erst späterhin als früher begründet in der Wirklichkeit erscheinen können, wie dies bei Berechnung des Alters der Privilegien, beim Anfang von Besoldungen und vom Zinsenlauf sich recht wohl denken läßt.

Ganz gleichförmig paßt auch im allgemeinen auf beide Arten von Privilegien die für Gesetze überhaupt begründete Regel, nach welcher ihnen keine rückwirkende Kraft zusteht. Doch führt theils die allgemeine Betrachtung, theils manche bestimmte gesetzliche Aeußerung, auf einen Unterschied in der Anwendung dieser Regel bei den beiden erwähnten Arten. Die erste Art wird mit den übrigen allgemeinen Gesetzen zugleich b-

---

*) Vergl. Lehrbuch §. 1348.

kannt gemacht; ihre gesetzliche Kraft hat also einen gleichzeitigen Anfang. Freilich muß zur Begründung des daraus herfließenden Rechts in einem bestimmten Fall, wie bei jedem Gesetz, noch irgend ein anderes Ereigniß in der Zeit und fast immer später als das begründende Gesetz eintreten. Allein da dies bei jedem andern Gesetz und Recht, sey es auch kein eignes Recht, auf ganz gleiche Weise vorgeht; so ist davon kein Alter des Rechtes selbst abzuleiten. Die Frau oder der Minderjährige, die später als das Gesetz geboren sind, der Bürge, der seine Bürgschaft später übernommen hat, machen doch ihre Rechtswohlthaten gegen die allgemeinern Rechtsregeln und die darauf gestützten Rechtsgeschäfte auf ganz gleichförmige Art geltend. In diesem Lichte erscheint es nun nicht bei den den durch besondre Verordnungen begründeten Privilegien. Hier ging entweder ein allgemeines früher begründetes Recht oder auch wohl eine Reihe von Rechten, die für einzelne auf allerhand Wegen erworbne seyn konnten, den Privilegien voraus; und daher kann denn in Ansehung solcher, bei denen die gesetzliche Kraft selbst später eintrat, ohne Bedenken gefragt werden, ob und inwiefern das frühere durch das spätere aufgehoben sey. Hiedurch möchte die Regel: ein Privilegium schade den früher gültig begründeten Rechten nicht, wenn sie nicht wie sich von selbst versteht, der Absicht des Gesetzgebers nach oder schon wegen der besondern Natur des Privile-

giums, gegen daſſelbe wegfallen mußten, erſt ihre genauere Beſtimmung und zum Theil Begrenzung erhalten. Sie kann nur von den eigentlichen Privilegien gelten, indem bei dieſen allein, nicht aber bei den eignen Rechten im ſtrengen Sinne, eine rückwirkende Kraft in Verhältniß zu den allgemeinern Geſetzen zur Frage zu bringen iſt. In dieſem Sinne und allein von beſondern Verordnungen erklären ſich denn auch nur die römiſchen *) und kanoniſchen **) Rechtsſtellen, welche hieher gezogen werden können; und eine ſchon früher ***) angeführte Stelle ****) ſetzt voraus, daß eine vom Fürſten ertheilte Erlaubniß nie ſo auszulegen ſey, daß ſie zum Nachtheil eines andern ge-

---

*) Cod. VIII, 49. c. 4. (de emancipationib. liberor.): — nec in cujusquam injuriam beneficia tribuere moris est nostri. — XLIII, 8. fr. 2. §. 10. (ne quid in loco publico): — quotiescunque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat.

**) X, V, 33. c. 31. (de privilegiis): — decernimus, juri praedictorum prioris et conventus super decimis novalium, in quarum erant possessione tempore illo, quo indulgentiae apostolicae impetratae fuerunt, a parte altera de decimis novalium non solvendis, non debere per eos, non facientes de hoc aliquam mentionem, praejudicium generari.

***) In der zweiten Abhandlung.

****) XLIII, 8. fr. 2. §. 16. (ne quid in loco publico).

reichen könne, wenn diese Ausdehnung nicht besonders mit ertheilt worden.

Neben den bisherigen Gleichstellungen kann auch auf beide Arten die oft gemachte Bemerkung bezogen werden, daß Privilegien nur im Staate desjenigen gelten, welcher sie verliehen hat. Wohl aber möchte für beide Arten eine Einschränkung derselben nöthig seyn. In allen den Fällen, wo nach der aus andern Quellen zu bestimmenden Lehre von der Kollision der Gesetze die Gesetze eines fremden Landes anzuwenden sind, gilt dasselbe auch für Privilegien eines fremden Landes, seyen sie auch durch besondre Verordnungen verliehen. Gleichwohl kann dies nur bei solchen Gegenständen eintreten, die zu dem reinen Privatrecht gehören, oder auf die Lehren desselben Einfluß haben; und so wird dann die Volljährigerklärung oder die Ertheilung eines Standes, von denen so leicht Bestehen und Form von Rechtsgeschäften abhängen und die durch besondere Verordnungen geschehen, obgleich sie Privilegien sind, unstreitig über des ertheilenden Staates Grenzen hinauswirken. Was aber so genau mit dem Regierungsprivatrecht zusammenhängt, daß nicht bloß schon dessen Ursprung, sondern selbst dessen Gegenstand auf eine bestimmte Regierung sich bezieht; ein solches Privilegium geht über des ertheilenden Staates Gebiet gewiß nicht heraus.

V.

Verhältniß der Privilegien zum gemeinen Recht.

(Vergl. Lehrbuch §. 92.)

Die Natur beider Arten von Privilegien erfordert es gleichförmig, daß das gemeine Recht oder auch überhaupt alle allgemeineren Gesetze gegen alle eignen Rechte oder Privilegien gelten müssen, so lange die letzten in Ansehung ihres Daseyns, ihres Inhalts oder ihres Anfangs nicht ganz fest und gewiß sind. Denn immer machen die allgemeinern Gesetze die Regel, die Privilegien die Ausnahme; und jene gehen also im Zweifel unstreitig vor. Die römischen Gesetze sagen dies freilich ausdrücklich nur von den eigentlichen Privilegien *); aber es bedarf für beide Arten keiner positiven Bestimmungen.

Der hier gegen die allgemeinen Regeln nöthige Beweis kann nun theils durch Nachweisung einer

*) Cod. I, 14. c. 2. (de legib.): — nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo retractentur.

Stelle im Gesetzbuch oder durch Erweis der von einer solchen erforderten Thatsache, theils durch Vorlegung der besondern verleihenden Verordnung geführt werden.

Es fließen aber zugleich aus jenem allgemeinen Verhältniß zwei andre merkwürdige Folgen unmittelbar; einmal daß Privilegien nicht vermuthet werden, sondern zu beweisen sind; sodann daß gar keine Ausdehnung derselben, keine Anwendung derselben auf ähnliche, aber nicht darinn ausgedrückte, Fälle, nach ihrem Beispiel zu gestatten ist. Die ganze Gesetzgebung würde keinen Sinn und keinen Zusammenhang in sich selbst haben, wenn das nicht in derselben ausgedrückte da angenommen werden könnte, wo sie bestimmt etwas allgemein vorschreibt, und nur eine ausdrücklich beschränkte Ausnahme gestattet. Eine solche, wo sie auch vorkommen mag, bestätigt eben durch ihre Fassung die Regel desto mehr und schließt die Ausdehnung desto sicherer aus. Es kann dabei kein Zweifel übrig bleiben, daß dies nicht von beiden Arten der Privilegien gelten sollte, wenn wir auch keine allgemeine positive Bestimmung deshalb nachzuweisen vermögen. Das eben angeführte Gesetz spricht nur von besondern Verordnungen; gleichfalls ein andres überhaupt von dem, was allgemeine Verbindlichkeit haben solle, handelndes *) und eben mit derselben Beschrän-

---

*) Cod. I, 14. c. 3. in f. (de legib.): nec his quae specialiter quibusdam concessa sunt civitatibus vel corporibus, ad generalitatis observantiam pertinentibus.

kung eine kanonische Rechtsstelle nur von besondern Verleihungen der römischen Kirche *). Anwendungen davon giebt es allerdings für beide Arten mehrere; aber die meisten, welche sich nur auf einzelne Unterarten beschränkt beziehen, sind erst später zu erwägen. Einer einzigen Abweisung einer Ausdehnung in einem Titel, der ohehin voll von Beziehungen auf diese Lehre ist, mag hier um so eher gedacht werden, weil sie bei einer unstreitigen Art eigner Rechte vorkommt. Es wird in derselben über die Befreiung von bürgerlichen Aemtern und Lasten, welche als Ausnahme gegen die allgemeine Verpflichtung der Bürger in Municipien dazu statt haben, bestimmt erklärt, daß sie nicht auf die Zeiten vor dem Eintritt der gesetzlichen Befreiungsursachen auszudehnen seyen, und daß vielmehr ein zu muneribus municipalibus in einer Zeit berufener, ehe er zu handeln oder öffentlich zu lehren anfing, ehe er in ein Befreiung gewährendes Privilegium aufgenommen, ehe er volle siebzig Jahr alt war oder (die gesetzliche Zahl) Kinder hatte, zur Annahme seiner Stelle zu zwingen sey **).

---

*) X. V, 33. c. 9. (de privilegiis): Temerarium est indignum, aliquem sibi sua auctoritate praesumere, quod Romana ecclesia alicui, certa ratione inspecta, singularibus voluit beneficiis indulgere.

**) L, 6. fr. 5. §. 7. (de jure immunitatis): Hoc circa vacationes dicendum est, ut, si ante quis ad munera municipalia vocatus sit, quam negotiari

Gleichwohl darf doch nicht übergangen werden, daß wir in den Pandekten allerdings Beispiele von Ausdehnung der eignen Rechte finden, woraus man denn wohl die Regel hat ableiten wollen, die Ausdehnung sey zwar nicht bei eigentlichen Privilegien, aber wohl bei eignen Rechten, erlaubt *). So sind wegen Aehnlichkeit des Rechtsverhältnisses die numularii den argentariis in Ansehung des durch ihre Bücher und Schriften zu führenden Beweises **); die Frau dem Manne ***); die Gesellschafter den Brüdern in Ansehung der Rechtswohlthat der Kompetenz bei Foderungen gegen einander ****) gleichgestellt.

Es ließe sich der Verallgemeinerung dieses Grundsatzes dadurch allerdings einiger Schein geben, daß die eignen Rechte doch auf ein allgemeines Gesetzbuch gegründet seyen, von dessen übrigen Vorschriften eine Ausdehnung in manchen Fällen gestattet werden müsse.

---

inciperet, vel ante quam in collegium assumeretur, quod immunitatem pariat, vel ante quam septuagenarius fieret, vel ante quam publice profiteretur, vel ante quam liberos susciperet, compellatur ad honorem gerendum.

*) Vergl. darüber Thibaut Theorie der log. Ausl. S. 76 ff.

**) II, 13. fr. 9. §. 2. (de edendo).

***) XLII, 1. fr. 20. (de re judicata).

****) XVII, 2. fr. 63 pr. (pro socio).

Gleichwohl ist doch immer das Verhältniß der eignen Rechte darinn nicht zu übersehen, daß sie allgemeine Vorschriften, gegen welche sie bloß Ausnahmen machen, voraussetzen; und die sonst geltend gemachten Warnungen gegen die unbedingte Befolgung des Vorgangs der römischen Rechtsgelehrten in der Behandlung der Gesetze sind hier wohl vorzüglich zu wiederholen und zu beobachten. Dabei ist auch das wohl keiner der geringsten Gründe, daß die römischen Juristen zu einer Zeit schrieben und Gutachten ertheilten, wo von einem allgemein umfassenden und also wenigstens das meiste bestimmt festsetzenden Gesetzbuch, wie es nachher doch zum Theil beabsichtigt und verfertigt ward, nicht im geringsten die Rede seyn konnte; und deswegen war denn das ohehin zum großen Theil durch Rechtsgelehrte entstandne Rechtssystem von ihnen mit einer desto größern Freiheit, besonders auch in Theilen, die nicht ganz allein von der Natur der Rechtsverhältnisse abhingen, auszubilden.

Fehlt es daher auch an allgemeinen positiven Verordnungen; so sind doch immer nach allgemeinen Gründen und nach einzelnen Beispielen nichts desto weniger die gedachten Beschränkungen für beide Arten gleich geltend; sie haben aber wieder den unmittelbarsten Einfluß auf die Grundsätze über zugelassene Ausübung der Privilegien.

VI.

Auslegung der eignen Rechte und Privilegien.

(Vergl. Lehrbuch §. 93.)

Erwägt man nemlich nun die bei den Privilegien sowohl als eignen Rechten gestattete Auslegung; so können wohl keine andern Grundregeln angenommen werden, als wie sie bei allen übrigen Rechtsquellen gelten; es sey denn daß die besondre Natur der einen oder der andern Art oder auch beider eine Abweichung foderte.

Darum ist denn auch aus den allgemeinen Grundsätzen über Recht und Gesetz oder dessen Arten gar keine Ursache aufzufinden, die der Behauptung zur Stütze diente, daß die Privilegien bloß authentisch, also von dem, der sie ertheilte oder höchstens ähnliche ertheilen könnte, auszulegen seyn. Man beruft sich deshalb freilich auf Gesetze des römischen Rechts. Allein zu geschweigen daß diese auf den äußersten Fall doch nur von eigentlichen Privilegien, nicht im geringsten aber von eignen Rechten, sprächen; so sagen sie

auch in der That nichts von einer Ausschließung irgend einer andern Auslegung. Auch hier zeigt sich, wie vortheilhaft das genaue halten an dem Worte der Gesetze sich erweise. Nach diesen findet sich bloß folgende ganz einfache und anpassende Erklärung. Den Fürsten stände allerdings zu, die Grenzen der von ihnen verliehenen Wohlthat nach ihrem eignen ihnen bekannten Willen zu bestimmen; und sie pflegen ihre fürstlichen Wohlthaten selbst auszulegen. Aber neben diesen nichts ausschließenden Bemerkungen legen in beiden Stellen die Rechtsgelehrten das vorgelegte Privilegium selbst aus *); und so ist denn wohl um so

*) XXVIII, 6. fr. 43. (de vulgari et pupillari substitut. aus Paulus lib. 9. Quaestionum. — Es ist die Rede von einem Fall, wo der Vater auf erhaltene Erlaubniß des Fürsten einem stummen Sohn substituirte und dieser nach des Vaters Tode heirathete und einen Sohn zeugte. Da fängt Pauli Gutachten über die Frage, ob durch den Sohn das Testament rumpirt werde, so an): Respondi, beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari: verum voluntatem principis inspicientibus, potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus etc. — L, 17. fr. 191. (de R. J.): Neratius consultus, an quod beneficium dare se, quasi viventi, Caesar rescripserat, jam defuncto dedisse existimaretur? Respondit non videri sibi principem, quod ei, quem vivere existimabat, concessisset, defuncto concessisse: quem tamen modum esse beneficii sui vellet, ipsius aestimationem esse.

weniger von Ausschließung irgend einer nach der Quelle ihres Ursprungs verschiedenen Art der Auslegung etwas zu behaupten.

Eben so wenig ist auch irgend eine Art der Auslegung, nach dem Verhältniß des herausgebrachten Sinnes zu den Worten betrachtet, von den eignen Rechten oder Privilegien auszuschließen, so oft auch abweichende Behauptungen darüber ganz allgemeine, bald mit allerhand Unterscheidungen durchflochtene, vorgebracht worden. Die unverkennbarsten Beispiele über jede Art der Auslegung liefert uns das römische, und einige auch das kanonische Recht und zwar für beide Arten der eignen Rechte und der Privilegien.

Gar nicht selten ist von einer einschränkenden Auslegung die Rede. Aber auch andre zeigen dasselbe. Nach einer schon früher genannten Stelle *) ist die Erlaubniß des Fürsten, auf einem öffentlichen Platz zu bauen, als dadurch eingeschränkt anzunehmen, daß es nicht zu jemandes Belästigung geschehe. Eben so ist nach der eignen Erklärung des Kaisers **) die von ihm zugestandne freie Befugniß, ein Testament zu machen, doch nur auf die gesetzliche und hergebrachte Verfertigung eines solchen einzuschränken und nicht eine

---

*) XLIII, 8. fr. 2. §. 16. (ne quid in loco publico).
**) C. III, 28. c. 35. pr. (de inoffic. testam.)

Befreiung von den nöthigen Formen darunter mit zu begreifen. Nach dem kanonischen Recht *) ist das Privilegium für ein Kloster, daß kein Bischof die Mönche dieses Klosters excommuniciren könne, doch nur auf diejenigen Mönche zu beschränken, die im Kloster bleiben. Eben so sollen die Befreiungen von bürgerlichen Aemtern und Lasten, die einem Geschlecht und den Nachkommen gegeben sind, nicht auf die von Weibern (dieses Geschlechts) gebornen bezogen werden **).

Derselbe Titel über Befreiung von Municipallasten, in dem die letzte Bestimmung sich findet, enthält auch einschränkende Auslegungen allgemeiner Verordnungen über eigne Rechte. So soll die nach den fürstlichen Verordnungen den navicullariis zustehende Befreiung ihnen nicht zukommen, wenn sie bloß in corpore navicullariorum sind, aber keine Schiffe haben ***), oder bloß, um die Lasten zu umgehen, den Anschein eines navicularii angenommen haben ****), oder bloß darum auf den Schiffen sind, ut in his agendi causa operarentur *****). So befreit das siebzigjährige Alter in

---

*) X. V, 33. c. 21. (de privileg.)

**) L, 6. fr. 1. §. 2. (de jure immunitatis).

***) Eod. fr. 5. §. 6.

****) Eod. fr. 5. §. 9.

*****) Eod. fr. 1. pr.

in den Fällen nicht, wenn jemand, ohne vorher ein beläſtigendes Amt getragen zu haben, erſt im Alter reich wird und beſonders das Amt faſt nur Ausgaben, nicht aber körperliche Beſchwerden veranlaßt *); ſo ſind die Kaufleute nur frei, wenn ſie mit dem größten Theil ihres Vermögens ihr Gewerbe treiben, und etwa bei größerm ihnen zugefallnen Reichthum dies doch nicht erweitern **); ſo hat die gewiſſen collegiis oder corporibus ertheilte Befreiung nicht für alle, ſondern bloß für die das Gewerbe des collegii wirklich treibenden Mitglieder ſtatt ***).

Auf ähnliche Weiſe finden ſich nicht wenige Belege für die bloß erklärende Auslegung der eignen Rechte oder Privilegien. Es ſey hier nur als Beiſpiel genannt, daß das ſiebzigjährige von den bürgerlichen Laſten befreiende Alter von vollen zurückgelegten ſiebzig Jahren †), die Befreiung der navicullariorum bloß von ihnen ſelbſt, nicht ihren Kindern und Freigelaſſenen ††), die Beſchränkung der Gültigkeit eines militäriſchen Teſtaments auf ein Jahr nach der Entlaſſung nur von denen zu verſtehen ſey, welche entlaſſen zu werden pflegen; nicht von den Praefectis, Tribunis u.

---

*) Eod. fr. 5. pr.
**) Eod. fr. 5. §. 8.
***) Eod. fr. 5. §. 12.
†) Eod. fr. 3.
††) Eod. fr. 5. §. 4.

ſ. w., die bloß zu dienen aufhören, wenn ſie Nachfolger erhalten *).

Wegen der ausdehnenden Auslegung haben wir nicht bloß eine allgemeine Vorſchrift, daß fürſtliche Verleihungen in ihrem vollſten Sinne zu nehmen ſeyen **), ſondern auch Beiſpiele im römiſchen ***) und im kanoniſchen Recht; im letzten mit ausdrücklicher Beziehung auf jene allgemeine Regel ****).

---

*) XXIX, 1. fr. 21. (de testamento militis).

**) I, 4. fr. 3. (de constitutionib. principum): Beneficium, imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia profiscitur, quam plenissime interpretari debemus.

***) L, 6. fr. 3. (de jure immunitatis): Immunitates generaliter tributae eo jure, ut ad posteros transmitterentur, in perpetuum succedentibus durant.

****) X. V, 33. c, 22. (de privilegiis): quaesivisti, utrum monachi omnium sanctorum privilegium praedecessoris tui, super episcopalibus decimis retinendis indultum, extendere valeant ad possessiones acquisitas et postmodum acquirendas. — Super quo tale damus responsum, quod, si decimarum illarum remissio facta exstitit secundum canonicas sanctiones, praedecessor tuus indefinite decimas episcopales monasterio remittendo, cum nihil exceperit, et potuerit excepisse, ac in beneficiis plenissima sit interpretatio adhibenda, nec debeat una eademque substantia diverso jure censeri, intellexisse videtur, non solum de decimis illius temporis, sed futuri.

Nun ist aber der selbst in Gesetzen angedeutete Grundsatz bekannt genug, Privilegien seyen nur strenge auszulegen. Deutet man diese Foderung so, daß nur einschränkend oder höchstens erklärend auszulegen sey, wie es ehemals allgemein verstanden ward, wenn auch einige eine solche Auslegung nur für die Privilegien, welche die Freiheit andrer beschränkten, gelten lassen, nicht aber auf bloße fürstliche Wohlthaten ausdehnen wollten *); so ist der Widerspruch mit der zuletzt angegebnen Auslegungsart unleugbar. Er schwindet aber ganz, wenn nach der Entwickelung in der vorigen Abhandlung unter strenger Auslegung jede, wenn auch noch so viel umfassende oder ausdehnende, so lange sie nur wahre Auslegung bleibt, verstanden, folglich auch bei den Privilegien zugelassen und die für jeden einzelnen Fall zu gestattende nach andern allgemeinern Regeln bestimmt wird, demnach bloß eine wahre Ausdehnung, die nicht mehr Auslegung zu nennen ist, ausgeschlossen bleibt.

Aus dem bisher angenommenen Widerstreit zwischen der erfoderten strengen und der doch zugleich gebotnen vollen Auslegung der Privilegien werden denn eigentlich so manche nicht feste, behutsam scheinende, und doch im Grunde nicht befriedigende, und noch weniger erschöpfende Vorschriften der neueren Gesetzge-

*) Vergl. unter andern manche in Glücks Kommentar §. 38. angeführte Schriften und Stellen.

bungen begreiflich. Nach dem Bairischen Landrecht *), das geständlicherweise, wie es im Publicationspatent ausdrücklich heißt „eben nicht viel neues, sondern nur „das ältere sowohl gemeine als statutarische Recht, ins „Enge gebracht," enthält, „leiden zwar die privilegia „ob identitatem rationis keine Interpretationem extensi„vam" (soll offenbar eigentliche Ausdehnung allein bedeuten) „von einer Person auf die andre, oder von „einem Fall auf den andern, sonderbar wenn solches „der offenbaren Billigkeit dem Recht eines dritten oder „gar dem gemeinen Besten entgegen wäre; doch soll „man auch dieselbe nicht gar zu genau, oder so weit „einschränken, daß ihnen alle Wirkung dadurch benom„men werde." — Ganz sichtbar, besonders für jeden, der so manche Versuche zur Vereinigung der interpretationis strictae und quam plenissimae kennt, sollen die Schluß-Worte die letzte andeuten. Aber wie schwankend ist die ganze Anordnung! was für Spielraum bekommt der Richter, wenn er nach seiner Ansicht von offenbarer Billigkeit oder gar vom gemeinen Besten das Privilegium ausdehnen oder einschränken soll! und überhaupt wie unzureichend ist die gesammte Vorschrift! wie kann man, ohne die allgemeinen und gemeinrechtlichen Grundsätze zu Hülfe zu nehmen, in so vielen Fällen entscheiden! Solche Stellen, deren es in diesem Gesetzbuch unzählige giebt, zeigen deutlich genug, wie

*) Th. I. Kap. 2. §. 16. num. 7.

nöthig es war, daß daſſelbe ausdrücklich vorſchrieb, „das römiſche Recht in Sachen, welche etwan durch „einheimiſches Recht nicht genug beſtimmt ſind, auf „ſchick- und thunliche Weiſe zur Hülfe zu gebrauchen" *), und eben ſo deutlich zeigen ſie, welch ein durchaus mißverſtandner, alle zweckmäßige und wahrhaft anpaſſende Rechtsausübung vernichtender und mißleitender, vermeintlicher Patriotismus es ſey, aus dem ſchriftſtelleriſchen Behauptungen herausgezwungen wurden; nach welchen „die fremden Rechte im ſtrengſten Sinne „nur als aushülfliches Recht angeſehen", oder „diejenigen Theile des Geſetzbuchs, welche auch ganz „mit den römiſchen Rechtsbeſtimmungen übereinkom„men, deshalb noch nicht, — geradezu aus den „Texten des römiſchen Geſetzbuchs ausgelegt, ſon„dern letztere erſt alsdann zur Aushülfe angezogen „werden, wenn auch keine andere in unſern Geſetzbüchern „enthaltene parallele Geſetzſtellen einen Aufſchluß ge„ben." Man muß den nicht zu berechnenden Schaden ſolcher Anſichten in der Nähe und Anwendung geſehen haben, um von der Nothwendigkeit, recht ernſtlich dagegen zu warnen, ſich zu überzeugen. So viel genauer und überlegter nun aber auch das preußiſche Geſetzbuch abgefaßt iſt; ſo erinnern doch die hieher gehörigen Beſtimmungen nur gar zu deutlich an die Streitigkeiten in dieſer Lehre und ihre bisherigen ver-

*) Bair. Landr. Th. I. Kap. 2. §. 9.

meinten Schwierigkeiten. „Privilegien und verliehene „Freiheiten müssen so erklärt werden, wie sie am we„nigsten zum Nachtheil des dritten gereichen; im übri„gen so daß die wohlthätige Absicht des Gebers dabei „nicht verfehlt werde" (der letzte bezieht sich auf das quam plenissime, dem das vorhergehende leicht wider„sprechen kann), „wie sie mit den Vorschriften des ge„meinen Rechts und dem Hauptendzweck des Staats (!) „am nächsten übereinstimmen; doch auch so, daß auf „den eigentlichen Inhalt des Privilegii mehr als auf „die darinn angeführten Beweggründe der ersten Ver„leihung Rücksicht genommen" werde *).

VII.

Anwendung der bisher erörterten Regeln über Auslegung und Ausdehnung auf einzelne Arten der Privilegien.

(Vergl. Lehrbuch §. 94 — 97.)

Eine bekannte und sehr natürliche Eintheilung der eignen Rechte sowohl als Privilegien findet sich schon im gemeinen Rechte deutlich genug sowohl im allgemeinen als in einzelnen Beispielen angegeben; nemlich die in Privilegien einer Person, einer Sache

---

*) Allg. Preuß. Gesetzb. Einl. §. 58. 59. 60. 61.

und eines Rechtsgeschäfts. Die beiden allgemein sprechenden Hauptstellen setzen zwar nur die erste und letzte Art einander entgegen *). Indessen sind Beispiele von allen drei Arten hinlänglich und deutlich genug vorhanden.

Die Privilegien der Person sind solche, welche einer bestimmten physischen Person, sie mag einzeln angegeben oder nach bestimmten Eigenschaften bezeichnet seyn, oder aber welche einer juristischen oder moralischen Person entweder zusammen oder in ihren einzelnen Gliedern zustehen. Beispiele von einzelnen ganz genau bezeichneten Personen können in einem allgemeinen Gesetzbuch höchstens nur erzählungsweise vorkommen. Allerdings sind deren auch im römischen Rechtsbuch genannt; sie können uns aber nur in der Veränderung erscheinen, welche sich durch die Aufnahme in das allgemeine Gesetzbuch zu allgemeinern Vorschriften erhebt. Daher ist ihr eigentlicher Platz nur in besondern Verordnungen, wo sie denn noch täglich vorkommen.

---

*) L, 17. fr. 196. (de reg. jur.): Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae: et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt: quae personae sunt, ad heredem non transeunt. — Eod. fr. 68: In omnibus causis id observatur: ut, ubi personae condicio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii.

Von allen andern Unterarten enthält das römische Rechtsbuch die deutlichsten Beispiele, obgleich wieder dieselben Unterarten, durch besondre Verordnungen begründet, nicht leicht, wenigstens nicht häufig, in allgemeinen Gesetzbüchern vorkommen können.

Zu den gewissen Menschenklassen, Ständen, oder welches einerlei ist, Menschen mit besondern Eigenschaften, zuständigen Privilegien gehört vorzüglich auch die den Soldaten zuständige Befreiung von den Testamentsformen und andern Vorschriften wegen der Testamente; die Rechtswohlthat der Kompetenz *), die Privilegien der Pupillen u. dgl. Von den letzten steht an einer Selle, wahrscheinlich in Beziehung auf das Recht, von mehrern Vormündern jeden auf das Ganze zu belangen: es gälte nicht für den procnrator in rem suam, denn nicht der Sache oder dem Geschäft, sondern der Person solle damit geholfen werden **).

Von Privilegien für juristische Personen steht das Vorzugsrecht, das die civitas Antiochensium in Caelaesyria nach ihrer lege an den Gütern ihres verstorbnen Schuldners hatte ***), der ganzen Gemeinheit; dagegen die den Iliensibus nach dem oben (l.) angeführten Fragment ****) zukommende Befreiung von der Vormund-

---

*) Vergl. Lehrbuch §. 328.

**) XXVI, 7. fr. 42. (de administr. et periculo tutor.):
— non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.

***) XLH, 5. fr. 37. (de rebus auct. jud. possid.)

****) XXVII, 1. fr. 17. §. 1. (de excus. tutor).

schaft, eben so wie die in den folgenden Paragraphen desselben Bruchstücks erwähnte für solche, die in den mit dieser Befreiung begnadigten corporibus sich finden *), und nicht weniger der Uebergang von den Rechten eines municipis in Ilium, Delphi und Pontus durch die dorther geborne Mutter **) nur einzelnen zu der juristischen Person gehörigen Menschen zu.

Der Prilegien einer Sache erfreuen sich alle Besitzern dieser Sache. Da hier fast nur von bestimmten einzelnen Sachen die Rede seyn kann; so kommen sie beinahe einzig in besondern Verordnungen vor, wie denn Steuerfreiheit, Jagdgerechtigkeit, Gerichtsbarkeit von Landgütern oft genug dadurch ertheilt worden. Dennoch erwähnt mehr als eine römische Rechtsstelle derselben auf das bestimmteste ***),

---

*) Fr. 17. cit. §. 2. 3.

**) L, 1. fr. 1. §. 2. (ad municipal.)

***) XLIII, 20. fr. 1. §. 43. (de aqua cottidiana et aestiva): (jus aquae ex loco publico ducendae) et datur interdum praediis, interdum personis. Quod praediis datur, extincta persona non extinguitur: quod datur personis, cum personis amittitur — — §. 44. Plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est: nam si docuerit praediis suis aquam debitam, et si nomine ejus fluxisse (fluxisset), a quo dominium ad se transiit: indubitate impetrat jus aquae ducendae: nec est hoc beneficium, sed injuria, si quis forte non impetraverit. L, 15. fr. 3. §. 1. in f. (de censib.) — quippe personis quidem data

und neuere Gesetze folgen dieser Bestimmung begreiflicherweise *).

Die Privilegien des Rechtsgeschäfts gelten ihrem Wesen nach für alle, welche das Rechtsgeschäft oder das rechtliche Verhältniß angeht; also neben den hauptsächlich und ursprünglich dabei verflochtenen für alle, welche dabei accessorisch interessirt sind, z. B. Bürgen, und für alle Nachfolger in den daraus entstehenden Rechten, für die Erben nur, insoweit sie gerade in diesen Verhältnissen nachfolgen. Auch dies sagen sehr klare gesetzliche Beispiele **), besonders auch in Ansehung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ***).

Es giebt aber auch begreiflicherweise leicht noch eine Zwischenart zwischen diesen Privilegien des Rechtsgeschäfts und den Privilegien der Person, wenn etwa das für ein Rechtsgeschäft festgesetzte Privilegium doch

---

immunitas cum persona extinguitur: rebus numquam extinguitur.

*) Z. Bair. Landr. Th. I. Kap. 2. §. 5.

**) XLIV, 1. fr. 7. § 1. (de exceptionib.): Rei — cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt: ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. — Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fidejussori competit. Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra SCtum quis fidejusserit etc.

***) Z. B. IV, 3. fr. 13 pr. (de dolo malo), IV, 1. fr. 6 pr. (de in int. rest.)

nicht auf alle Nachfolger in denselben und folglich auch nicht auf alle Erben, sondern bloß auf einige unter diesen geht. Hievon ist nun unstreitig das entschei-denste Beispiel bei den dem Brautschatz ertheilten Vorzugsrechten nachzuweisen, welche nicht auf alle Er-ben der Frau *), wohl aber auf ihre Kinder **), fort-gepflanzt werden.

Alles vorstehende über diese Eintheilung ist noto-risch in der Hauptsache bekannt genug; es sollte hier nur nochmals in einer doppelten Ansicht zu besondern Zwecken zusammengestellt werden. Wenn auch hiebei in beiden Beziehungen der Grund eben so wenig etwas neues enthält; so könnten sie doch durch ihre Verknüp-fung mit frühern allgemeinern Entwickelungen einige Bedeutung erhalten.

Man hat zuförderst wohl statt der eben betrachte-ten Eintheilung eine andre an die Stelle setzen oder auch wohl ein oder das andre Glied willkührlich anders bestimmen wollen. So theilen einige lieber in privile-gia personalia und realia; so wollen manche gar keine privilegia realia, weil eine Sache nicht berechtigt seyn könne, gelten lassen; so wollen noch andre die einer Gemeinheit zustehenden Privilegien realia nennen ***).

---

*) Cod. VII, 74. fr. un. (de privil. dotis).

**) Cod. VIII, 18. fr. fin. §. 1. (qui potior in pign.)

***) Vergl. Glück Komm. I. S. 533. Thibaut Pand. §. 30.

Gegen alles dies sind schon triftige Erinnerungen gemacht worden. Es sey erlaubt, nur einiges darüber noch zu bemerken.

Daß man die privilegia causae mit privilegiis rei zusammen geworfen, weil res auch wohl causas in manchen Redensarten mit begreift; daß durch privilegia realia auch wohl solche, die auf Nachfolger übergingen, angedeutet werden sollen, weil der Zusatz in rem in einigen Ausdrücken so gebraucht wird; liegt am Tage. Gleichwohl ist bei allen diesem das Verfahren überhaupt klar genug, daß man den gewöhnlichen Redegebrauch verläßt, um eine bloß für die Wissenschaft angenommene Benennung, die eben darum ihre Willkührlichkeit nie verlassen und ablegen kann und eben deshalb mit manchen andern Ausdrücken im Widerstreit steht, einzuführen und auszudehnen; denn immer giebt jede solche bloß wissenschaftliche Benennung Anlaß zu Behauptungen und Sätzen, welche von derselben ausgesprochen werden. Es warnen aber sehr häufige Beispiele und das entgegengesetzte Vorbild der römischen Rechtsgelehrten vor diesem Mißbrauch sehr; und darum ist es wohl zweckmäßig, allenthalben, wo er sich äußert, auf ihn die Aufmerksamkeit zu leiten. Allerdings bedarf man oft zur leichtern Erklärung über die zu lehrenden Sätze mancher neugebildeten, nicht aus der gewöhnlichen Lebenssprache aufgegriffenen Ausdrücke; aber man darf sie nicht unmittelbar und ohne sorgfältige Umsicht sogleich weiter zur Grudlegung bestimmter Lehren oder

zur Ausdehnung schon anerkannter Sätze auf die von bloß ähnlich genannten Instituten benutzen. Ohne Ausnahme ist das tiefste Eindringen in die wahren Verhältnisse, welche den Gegenstand dieser Lehren ausmachen, die nothwendige Bedingung aller Wahrheit und Anwendbarkeit in den juristischen Lehren.

Gegen den sonst noch aufgekommenen neuern Ausdruck privilegia mixta, als den aus Personal- und Real-Privilegien zusammengesetzten, hat man wohl mit Recht erinnert, daß er auf diejenigen nicht passe, welche an sich persönlich sind und nur auf andre übergehen *). Indessen ist doch der Fall einer Mittelgattung zwischen privilegiis rei und personae insofern wohl denkbar, daß etwa Grundstücke Befreiungen erhalten, aber nur so lange sie von gewissen Personen, etwa von einer Familie, besessen werden.

Eine andre Seite von Einfluß zeigt sich in Ansehung der vorher erwogenen Sonderung der drei Arten von Privilegien darinn, daß die früher aufgestellten Bestimmungen der Auslegung bei ihnen besondre Veranlassungen der Anwendung finden.

Die Privilegien der Person gelten freilich in ihrem vollen Sinn und also auch für alle, welchen sie nach ihrer ausdrücklichen Ertheilung oder nach der Natur des besondern Privilegiums oder auch der Person,

---

*) Vergl. Eichmann Komm. Th. II. §. 100. Koch Komm. I. §. 100. Thibaut a. a. O.

welcher sie verliehen sind, zustehen sollen; eben so gewiß hat auch in Ansehung derselben keine Ausdehnung oder keine Anwendung auf bloß ähnliche Beispiele statt *). Es ist aber für keine Ausdehnung zu achten, wenn außer den im Privilegium ausdrücklich genannten Personen andre entweder nach der Natur des Privilegiums, wie etwa beim Geschlechtsadel, oder aber wegen sonstiger allgemeinen Vorschrift über solche Privilegien zugleich als damit begabt anzusehen sind, wie etwa das Privilegium des Gerichtsstandes im allgemeinen zugleich für die Frau des damit bevorzugten gilt **).

*) I, 3. fr. 1. §. 2. (de constit. princ.) oder Inst. I, 2. §. 6. (de jure nat. gent. et civ.): Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. — L, 16. fr. 1. §. 1. 2. (de jure immunitatis): Personis datae immunitates heredibus non relinquuntur; sed et generi posterisque datae custoditaeque ad eos, qui ex feminis natae sunt, non pertinent. — L, 15. fr. 4. §. 3. (de censib.): Quanquam in quibusdam beneficia personis data immunitatis cum persona extinguantur; tamen cum generaliter locis, ant cum civitatibus, immunitas sit data videtur, ut ad posteros transmittatur. — Begreiflicherweise ist dies zum Theil in neuern Gesetzen wiederholt, wenn auch mitunter mit kleinen, sich wohl von selbst verstehenden, Nebenbestimmungen; z. B. im Bair. Landr. Th. I. Kap. 2. §. 16. N. 3.

**) C. XII, 1. fr. 13. (de dignitat.) Cod. X, 39. c. 9. (de incolis). Cod. V, 4. c. 10. (de nuptiis).

Weniger beschränkt als die Privilegien der Personen müssen die Privilegien der Sachen und der Rechtsgeschäfte seyn; indessen sind auch sie nicht über die ihnen eigenthümlichen Grenzen auszudehnen, wie sich zum Theil aus ihrem Wesen, zum Theil aus den früher angeführten Gesetzen hinlänglich ergiebt.

In allen den bisherigen Betrachtungen waren nun keine Hauptfoderungen zwischen den eignen Rechten und Privilegien, beide im eigentlichen Sinne genommen, zu beobachten, wenn gleich auch hie und da sich schon Nebenbestimmungen für eine einzelne Art aufdringen mußten. Allein die nun noch übrigen Punkte, die man sonst auch häufig ganz allgemein für beide behandelte oder doch nie fest genug für eines allein absonderte, erhalten unstreitig erst dadurch ein reines und ungetrübtes Licht, wenn man ganz deutlich weiß, sie gelten nur für eine Art allein. Diese Punkte betreffen die Gültigkeit und Beobachtung der Privilegien, dann ihre Begründung und endlich ihren Verlust.

VIII.

Verpflichtung der Richter zur Beobachtung von Privilegien

(Vergl. Lehrbuch §. 1352.)

Es ist schon oben, weil sie mit einer andern allgemeinen Rechtsregel zusammenhing, einer Bemerkung

aufgestellt worden, die nur allein auf die Privilegien im engern Sinne zu beziehen war. Gegen früher erworbene und geltende Rechte ist kein Privilegium als bestehend anzunehmen, wenn nicht der entscheidendste Wille des Gesetzgebers hervorleuchtet, daß jene wegfallen sollen. Indessen giebt es noch eine Vorschrift des römischen Rechts, die viel weiter geht. Wenn Rescripte gegen das bestehende Recht auf Verlangen ertheilt worden; so ward es allen Richtern befohlen, sie abzuweisen, wenn es nicht etwas beträfe, das keinen andern beinträchtige und dem, welchem es ausgewirkt, Vortheil bringe oder aber ein Verbrechen den darum nachsuchenden erlasse *). Die Worte dieses Gesetzes gehen sehr deutlich nur auf besondre Verordnungen; es sind wörtlich rescripta genannt. Diese Rescripte müssen aber um so mehr als Rechtsertheilungen, wenn auch meistens nur im Processe, angesehen werden, weil von Beeinträchtigungen, also Rechtsverletzuugen, andrer die Rede ist; und folglich ist dies ungezweifelt auf eigne Privilegien zu beziehen. Aber weiter läßt sich diese Vorschrift ohne den auffallendsten Wider-

*) Cod. I, 19. c. 7. (de precib. imperat. offerendis — von Theodos. II. und Valentinian III. ad senatum): Rescripta contra jus elicita, ab omnibus judicibns refutari praecipimus, nisi forte sit aliquid, quod non laedat alium et prosit petenti, vel crimen supplicantibus indulgeat.

Widerspruch nicht verallgemeinern. Wollte man sie auch auf eigne Rechte im strengsten Sinne beziehen; so würde dazu nicht bloß aller Grund fehlen, sondern die sich selbst aufhebende Folge zugestanden werden müssen, daß ein Theil der allgemeinen Verordnungen oder des allgemeinen Gesetzbuchs gelten sollte, ein andrer Theil aber gar nicht oder doch erst nach des Richters Ermessen, weil er den sonstigen höhern Rechtsgrundsätzen entgegen sey; wodurch denn leicht sogar gegen alle eignen Rechte argumentirt und sie aufgehoben werden könnten.

Eben so ist eine andre, gewissermaßen doppelt vorkommende, Bestimmung, nach welcher es für höchst strafbar zu achten ist, wenn man sich einem fürstlichen Privilegium über alle Arten von Aemtern oder Würden oder einer fürstlichen Ertheilung derselben widersetzt oder sie bestreitet *). Dies weiter, auch nur

---

*) Cod. IX, 29. c. 3. (de crimine sacrilegii — von Gratian, Valentinian und Theodosius I. im J. 384.): Disputare de principali judicio non oportet: sacrilegii enim instar est, dubitare an is dignus sit, quem elegerit imperator. — Cod. I, 23. c. 5. (de divers. rescriptis — von Valentinian, Theodos. I. und Arcadius im J. 385.): Sacrilegii instar est, super quibuscunque administrationibus vel dignitatibus promulgandis, divinis obviare beneficiis.

auf alle Privilegien, geschweige denn auf eigne Rechte auszudehnen, würde sich in sich selbst widersprechen und zerstören.

IX.

Begründung der eigentlich sogenannten Privilegien.

(Vergl. Lehrbuch §. 1353.)

Weit einflußreicher aber zeigt sich nun die für nothwendig befundene Sonderung der eignen Rechte und Privilegien in der für sie zu bildenden Theorie bei ihrer Begründung und ihrem Verlust. In Ansehung der ersten ist es eine sehr bekannte Streitfrage, ob sie auf Verträgen sich stützen oder nicht? Bekanntlich findet man oft die Behauptung, alle Privilegien gründen sich auf Verträge; oft die andre, nicht alle, aber wohl einige seyen darauf gegründet; und zuweilen wohl, vorzüglich mit Rücksicht auf einige ins Auge gefaßte Folgen, besonders bei den Aemtervertheilungen, auch wohl eine gänzliche Bestreitung einer solchen Begründung auf Verträge.

Wenn gleich diese dem römischen Recht ganz unbekannte Untersuchung hier schicklicherweise nicht weitläuftig erörtert werden kann; so läßt sich doch einiges im kurzen leicht bemerken, um den Nutzen der mehrmals erläuterten Unterscheidung ins Licht zu setzen. Es fällt leicht sehr klar in die Augen, daß bei den eignen Rechten kein Vertrag vorausgesetzt werden könne. Sie sind Ausnahmsweise festgesetzte Rechte, Abänderungen allgemeiner Vorschriften; aber sie beruhen dennoch immer noch auf allgemeinen Gesetzen, sind aus allgemeinen Rücksichten und Gründen, zu allgemeinen Zwecken, festgesetzt; man spricht sie ohne Rücksicht auf bestimmte Personen aus, weiß oft noch gar nicht, wen sie eigentlich betreffen werden. Da fällt denn wohl jeder, noch so entfernte, Gedanke an Vertrag weg; man könnte sich nicht einmal vorstellen, mit wem er geschlossen werden möchte.

Aber auch unter den eigentlichen Privilegien muß wohl noch eine Klasse ganz bei dieser Frage weggedacht werden: die verhaßten Privilegien. Sie kommen am meisten hier bei Strafen vor, und folgen demnach aus der Strafgewalt, sie mag als allgemein gesetzgebend oder wie hier fast immer nöthig seyn dürfte, nur in den Fällen des äußersten Rechts gedacht werden. Solche schließen denn wohl jeden Vertrag aus. Aber auch bei andern Rechtsbeschränkungen für einzelns, welche

vielleicht Polizeirücksichten veranlassen möchten, würde wohl nie ein Vertrag als Grundlage gedacht werden können.

Folglich bleiben denn bloß die begünstigenden Privilegien übrig, und in Ansehung dieser wird man wohl fast immer einen Vertrag annehmen müssen, der aber, wie alle Verträge, von sehr verschiedener Art seyn kann; ein vergeltlicher mit allen Unterarten der Gegenleistung, aber auch ein unentgeltlicher. Es ist wenigstens nicht abzusehen, warum ein Privilegium nicht eben so gut auf einer vom Privilegirten angenommenen Schenkung als auf einem andern Vertrag beruhen sollte.

Gleichwohl ist bei dieser ganzen Betrachtung nicht unbeachtet zu lassen, daß sorgfältig bloß die Begründung eines Privilegiums in einen Vertrag gesetzt worden; nicht die Ertheilung des Privilegiums selbst. Vielleicht ist die Unterlassung dieser Sonderung eine Hauptursache, warum man bei einigen oder, wie andre auch wohl thun, bei allen Privilegien den dabei vorkommenden Vertrag weggeleugnet hat. Das Privilegium selbst, wie es ertheilt wird, ist eine reine Handlung der gesetzgebenden Gewalt, oder dessen, der diese ganz oder theilweise ausübt. Hier mag das Privilegium genommen werden, für welche Art man wolle; in allen Fällen steht es nur dem Gesetzgeber oder demjenigen, dem

ein solcher Theil der gesetzgebenden Gewalt übertragen worden, zu, die sonst geltenden gesetzlichen Regeln zu beschränken. In diese Wirksamkeit kann kein Privatmann unmittelbaren Einfluß haben; denn er würde sogleich Theil an der Staatsgewalt dadurch erhalten und in dieser Rücksicht aufhören, Privatmann zu seyn. Allein das hindert kein vorbereitendes Verfahren. Der Gesetzgeber kann bei eigentlichen Privilegien vorher versprechen, eine solche Handlung der gesetzgebenden Gewalt vorzunehmen; und er muß einen solchen Vertrag eben so gut halten, als jeder andre, so gewiß auch er Mensch ist und unter den allen Menschen obliegenden Gesetzen steht, wenn nicht besondre Umstände ihn ungültig machen. Diese ganze Ansicht der Begründung von Privilegien und die daraus hervorgehende Sonderung hat auf einzelne Arten der Privilegien und Verleihungen einen besonders wirksamen Einfluß, wie vorzüglich bei der Lehre von den Aemtern, die indessen in den meisten Verhältnissen von dem römischen Recht bei unserer sehr abweichenden Aemterverfassung unabhängig seyn muß.

Noch ist indessen eine Nebenbetrachtung wegen der Enstehung der Privilegien hinzuzufügen. Es bleiben immer noch Fälle übrig, in welchen Verträge die Privilegien begründen könnten, aber doch wirklich nicht begründen. Auf die Begründung durch Testamente, die man wohl nennt, sey hier kein so großes

Gewicht gelegt; sie läßt sich fast in dem Fall nur denken, wenn ein Regent ein Recht der Staatsgewalt oder eine Befreiung gegen ein solches einem Unterthan im letzten Willen hinterließe. Die Prüfung dieses Verhältnisses ist nach römischem Recht gar nicht anzustellen, sondern wäre nur durch unsre spätere Verfassung bedingt.

Allein es ist noch die Begründung der Privilegien durch Verjährung zur Sprache zu bringen, die dann ihrer Natur nach den Vertrag als Grund ganz ausschließt. So entschieden nun auch die von den Rechtsgelehrten der neuern Jahrhunderte mit ungezweifelter Unkunde der wahren Verhältnisse geschehene übertriebene Ausdehnung der Lehre von der Verjährung für verwerflich zu achten ist; so kann doch durch solche nicht selten eine Begründung von Privilegien vor sich gehen. Nur freilich ist auch hier wieder nicht alles gleich zu schätzen.

Eigne Rechte als Theile der allgemeinen Gesetzgebung sind unter die gewöhnlichen Ansichten der Erwerbung von Privilegien durch Verjährung nie zu ordnen. Sie könnten freilich wohl nicht ganz von aller Verjährung ausgeschlossen werden; aber der Hauptgesichtspunkt kann kein andrer seyn als daß durch sie eine Vorschrift der allgemeinen Gesetzgebung zum Theil abgeschafft werde und nur andre an ihre Stelle trete.

Darum ist dies nur wie eine abschaffende Gewohnheit und unter den für diese letzte geltenden Erfodernissen zu begründen und zu beurtheilen. Inwiefern nun bei dieser Gewohnheit Verjährung erfoderlich ist; insofern auch bei jenen, und alles über einzelne Rechte etwa gültige ist hier ohne Einfluß.

Dagegen erscheinen eigentliche Privilegien immer als einzelne Rechte bestimmter Personen; und da ist denn eine Erwerbung von solchen durch Verjährung allerdings denkbar; nur freilich nicht bei allen und nicht auch wo sie vorkommen kann, auf dieselbe Weise. Betreffen sie bloß ertheilte Privatrechte; so ist allein bei dem Eigenthum und den Servituten oder bei Rechten, die mit diesen in eine Reihe treten, eine durch bestimmte Zeitmaaße begrenzte Verjährung zulässig; bei allen übrigen aber nicht. Denn es entscheidet dabei nicht die Natur der Privilegien, sondern die Natur des Rechts, welches durch das Privilegium begründet seyn soll. Ist nun aber der Gegenstand eines solchen Privilegiums nicht eins der genannten Privatrechte, sondern ein anderes, oder auch ein Hoheitsrecht oder aber eine Befreiung gegen ein solches; so fallen in den letzten Fällen gewiß die Erwerbarten der Privatrechte; überhaupt aber immer jede Verjährung einer bestimmt gemessenen Zeit weg. Allein es ist dadurch doch nicht jede Verjährung ausgeschlossen. So lange es nur möglich ist, daß ein Recht, welches ein Gegenstand eines Privilegiums seyn

kann, von einem Privatmann erworben werden könne; so mag er es auch ausüben und also der gewöhnlichen Kunstsprache des Rechts zufolge besitzen. Durch diesen Besitz erzeugt sich nun, wenn man von der Entstehung des Besitzes oder von der Erwerbung des ausgeübten Rechts gar nichts weiß, die Rechtsvermuthung, daß es auf eine gehörige, gesetzmäßige Art, wenn eine solche auch keine andre als die Ertheilung eines Privilegiums seyn könnte, erworben werden; eine Vermuthung, die man notorischerweise mit dem Namen der unverdenklichen Verjährung belegt.

Wenn nun gleich hier keine vollständige Entwickelung der Lehre von Erwerbung der Privilegien beabsichtigt seyn könnte, so wird sich doch durch die eben angestellten Betrachtungen der bedeutende Einfluß der mehrmals erforderten Sonderung von einer neuen Seite dargelegt haben. Noch wichtiger aber erscheint er beinahe in den Untersuchungen über den Verlust der Privilegien.

X.

Verlust der Privilegien.

(Vergl. Lehrbuch §. 1354 — 1356.)

Die Frage über die Arten, wie Privilegien verloren gehen, hat in der Hauptsache einzig und allein Bezug auf die durch besondre Verordnungen ertheilten Privilegien.

Eine Klasse von Aufhebungsarten ist zwar auf beide Gattungen der Privilegien zu beziehen, indessen doch wieder nicht ganz unter demselben Gesichtspunkte. Wenn gleich das römische oder auch das sonstige gemeine Recht darüber keine allgemeine Vorschriften liefert; so entscheidet doch die Natur der Sache zu einleuchtend, um nur einigen Bedenklichkeiten Zugang zu lassen; und so ist denn die Wiederholung solcher Bestimmungen in mehrern neuen Gesetzgebungen vollkommen begreiflich. Die bloß auf Zeit verliehenen Privilegien erlöschen mit deren Ablauf *); die einer bestimm-

*) Allg. preuß. Landr. Einl. §. 71. Bair. Landr. Th. I. K. 2. §. 16. n. 14.

ten Person verliehenen mit deren Tode *); die für eine Sache, also für deren Besitzer festgesetzten mit dem Untergang und für die einzelnen Besitzer mit dem Verlust der Sache, wobei indessen, falls außer dem Besitz der Sache noch eine andre Eigenschaft für den Besitzer erfodert ist, ein Privilegium leicht bei demjenigen Besitzer ruht, dem diese Eigenschaft mangelt **). Bedingte Privilegien fallen beim Nichtdaseyn der Bedingung ***), die zu einem bestimmten Zweck gegebnen dann, wenn der Zweck nicht oder nicht weiter erfüllt werden kann, weg ****); und endlich die von einer bestimmten Eigenschaft abhängenden dann, wenn diese Eigenschaft aufhört *****).

Zunächst sind in den angeführten Gesetzstellen alle diese Bestimmungen nur auf die eigentlichen Privilegien bezogen, wie wenigstens fast immer der Zusammenhang zeigt; und auch eine hieher zu ziehende Stelle des römischen Rechts über Befreiung gewisser Aemter in bestimmt genannten Provinzen, so lange man diese Aem-

---

*) Preuß. Landr. Einl. §. 67. Bair. Landr. a. a. O. n. 11.

**) Preuß. Landr. Einl. §. 69.

***) Ebend. §. 72.

****) Ebend. §. 73.

*****) Bair. Landr. a. a. O. n. 13.

ter bekleidet †), ist ungezweifelt nur unter demselben Gesichtspunkt anzusehen.

Gleichwohl lassen sich auch, theils nach den schon früher erwähnten Beispielen, theils nach leicht vorliegenden Betrachtungen, die zuletzt genannten Aufhebungsarten recht wohl auf eigne Rechte anwenden. Es giebt eigne Rechte, die einer Person, einer Sache, einem Rechtsgeschäft, und alles dies wohl mit Voraussetzung bestimmter Eigenschaften, zustehen können. Sie können unter Bedingungen ertheilt, sie können auch an Zeit gebunden seyn und mit deren Ablauf aufhören; wie dies unstreitig bei den Privilegien der Minderjährigen der Fall ist. Es sind auch ein paar einzelne Gesetzstellen vorhanden, in welchen das für ein Amt, für das der Decurionen, ertheilte Vorrecht, nicht auf die Tortur gebracht werden zu können, auch nach Aufhören dieses Amts wegen des Andenkens der einmal bekleideten Würde fortwähren soll *). Indessen ist bei den eignen Rechten wieder die Eigenthümlichkeit derselben von Einfluß, daß sie nur Bestandtheile der allgemeinen Gesetzgebung sind und also auch die meisten Eigenthümlichkeiten derselben theilen. Zu diesen gehört es nun auch unstreitig, daß keine in derselben

---

†) XXVII, 1. fr. 6. §. 14. (de excusat. tutor.)

*) L, 2. fr. 12. (de decurionib.) Cod. IX, 41. c. 17. (de quaestion.)

vorkommende und Rechte ertheilende Vorschrift sie anders ertheilen kann, als indem sie sie an gewisse Thatsachen knüft oder auf solche folgen läßt. Daher ist denn ohne Ausnahme das Daseyn der Rechte von dem Daseyn der sie begründenden Thatsachen abhängig. Mit diesen stehen und fallen jene.

Durch eigentliche Privilegien lassen sich die Rechte unmittelbar an die Berechtigten oder an ihre Subjecte bringen, weil sie nicht allgemein, sondern ganz bestimmt bezogen, sprechen können. Sind daher hier Ursachen der Aufhebung von der genannten Art vorhanden; so müssen sie meistens willkührlich hinzugesetzt seyn, da sie im andern Fall genauer mit ihrem Wesen verschlungen sind.

Alle diese bisher genannten Arten der Aufhebung von Privilegien sind aber auch in der Hauptsache gar nicht bezweifelt oder bestritten worden. Wohl aber fast die sonst noch übrigen sämmtlich; und in Ansehung deren wird darum beinahe allein die als nothwendig hervorgehobene Unterscheidung der beiden Privilegienarten ihren wohlthätigen Einfluß äußern können.

Eine der bekanntesten Fragen, die zu mancherlei Meinungen Veranlassung gab, ist gleich die: ob ein Privilegium durch die Willkühr des Verleihenden aufgehoben werden könne? Die Schwierigkeiten, welche

sich dabei erhoben, stiegen alle aus dem Umstande hervor, daß man erworbene Rechte durch die Aufhebung eines Privilegiums gefährdet hielt. An dieser Schwierigkeit selbst zeigt sich aber sehr leicht, daß sie die eignen Rechte entweder gar nicht, oder doch nie in demselben Verhältnisse, treffen kann, als die eigentlichen Privilegien.

Die eignen Rechte sind nicht bestimmten Personen mit besondrer Rücksicht auf sie, zugetheilt; meistens weiß der Gesetzgeber nicht, welche einzelne sich ihrer zu erfreuen haben werden. Sie beruhen auf allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, nach welchen sie denn denjenigen einzelnen Menschen zustehen, bei denen die von den Gesetzen zum Grunde gelegten Thatsachen vorhanden sind. Allerdings können diese allgemeinen Vorschriften abgeändert werden; aber ob und inwiefern eine solche Abänderung erlaubt oder zulässig sey, dies hängt allein von Betrachtungen über die Gesetzgebung überhaupt, und nicht über die Befugniß, Rechte zu nehmen, ab. Wer noch nicht vor der Aenderung des Gesetzes Rechte aus den erfoderten Thatsachen erhalten hat; kann sie nach der Aenderung nicht erwerben. Wer sie früher erworben hatte; dem werden sie durch eine bloße Aenderung der allgemeinen Vorschrift nicht nothwendig genommen. Auf jeden Fall hängt wenigstens die Frage, ob er sie dadurch verliere, von den Grundsätzen über die Rückanwendung der Gesetze ab.

Denn an sich kommt es hier nie auf auf einzelne vom Gesetzgeber berücksichtigte Fälle an. Sollte er einmal einen Einzelnen eines nach allgemeinern Gesetzen ihm zustehenden eignem Rechts berauben wollen; so wäre dies eine Ertheilung eines privilegii odiosi und müßte sodann nach den für ein solches geltenden Grundsätzen beurtheilt werden.

So ist denn wohl deutlich die eigentliche Untersuchung über die Aufhebung der Privilegien durch Willkühr des Verleihenden, als eine für sich bestehende, allein auf die eigentlichen Privilegien zu beschränken. Daß eine solche durch allgemeine Gesetze nicht statt habe, weil neben diesen die Ausnahmen noch immer bestehen können, ist anerkannt genug und auch in manchen Gesetzgebungen wiederholt *). Aber auch der Beraubung von Privilegien durch einzelne Aufhebung widerspricht man mit dem vollsten Grunde als unerlaubt. Sie wähnen Rechte und zwar, wie früher sich darlegte, durch Vertrag erworbene und angeeignete Rechte, und ist also nicht zu gestatten. Die Natur des ganzen Verhältnisses bewährt dies zu deutlich.

Freilich die gemeinen Rechtsbücher verlassen uns hiebei. Denn was man aus einer Novelle anführen

---

*) Z. B. Bair. Landr. Th. I. K. 1. §. 12. N. 3. K. 2. §. 16. N. 9.

könnte *), bezieht sich dem Zusammenhange nach auf ein eignes Recht; und eine daraus sichtbar gezogene Regel des kanonischen Rechts **) spricht wohl der Absicht nach von einer geistlichen Pfründe.

Daß übrigens auch diese vertragsmäßig erworbnen Rechte durch dieselben Arten, wie andre Vertragsrechte, aufhören können, wie wenn Widerruf vorbehalten worden oder der Nachfolger nicht dadurch verpflichtet ist; hat man schon oft bemerkt und leidet keinen Widerspruch. Die Anwendung auf einzelne dabei vorkommende Fragen ***) mag hier, wo der Zweck nur

---

*) Nov. 81. c. 2. in f.: — quoniam omne bonum sive a Deo acquiritur hominibus, sive ab imperio sequente Deum, decet esse mansurum, et omnis malitiae ac diminutionis extraneum.

**) Sext. V, 12. reg. 16. (de reg. jur.): Decet concessum a principe beneficium esse mansurum.

***) Z. B. vergl. Sext. I, 3. c. 5. (de rescriptis): Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses usque ad suae voluntatis beneplacitum retinere: hujusmodi gratia per ejus obitum, per quem ipsius beneplacitum omnio exstinguitur, eo ipso exspirat: Secus autem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur praedicta. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo: nisi a successore fuerit revocata. —

auf allgemeine Ansichten gerichtet ist, wohl unberührt bleiben.

Eben so wenig ist indessen auch der Staatsgewalt im geringsten abzusprechen, daß sie aus eben dem Grunde, aus welchem sie andre Rechte zu entziehen und hintanzusetzen befugt ist, aus eben dem Grunde, auf welchem das in ihr enthaltene äußerste Recht (jus eminens) nicht, auch Privilegien, obgleich durch Verträge erworben, aufheben könne: also bekanntlich wenn es die Nothwendigkeit zur Erhaltung eines nicht aufzugebenden und nicht anders zu erreichenden Staatszwecks fodert. So wenig darüber eine bestimmte allgemeine Regel in den Büchern des gemeinen Rechts vorhanden ist; so läßt sich doch eine Stelle des kanonischen Rechts hier allerdings in einige Vergleichung ziehen *). Hieraus würde sich also die Frage im einzelnen beantworten lassen; aber eben dies zeigt wieder um so deutlicher, daß dasselbe auf eigne Rechte nicht gleichförmig auszudehnen sey und also die Untersuchung nur durch Sonderung der mehrgedachten beiden Arten zu einem befriedigenden Zweck führen könne. Ob und wie

*) X. III, 30. c. 9. (de decimis): Nam quando Rom. ecclesia ordini vestro privilegia de decimis dederat, ita erant rarae abbatiae vestri ordinis, quod exinde nulli poterat de jure scandalum suboriri: sed nunc etc.

wie weit dabei Entschädigung zu gewähren, wie bei dieser Beraubung zu verfahren sey, ob sie nur durch Vertrag oder rechtliches Erkenntniß, wie einige Gesetze *) wollen, geschehen könne; mag wieder für jetzt dahin gestellt bleiben.

Eine andre bekannte Art der Aufhebung von Privilegien ist Entsagung von Seiten des Privilegirten; sie kann im allgemeinen als ausdrücklich oder stillschweigend geschehen gedacht werden, wie beides auch einige Gesetzgebungen nennen **).

Die ausdrückliche Entsagung bedarf in ihrer Ausübung keiner besondern Betrachtung; wie aber geschieht eine stillschweigende Entsagung? oder aus was für Handlungen wird sie geschlossen? Man behauptet, bei einem negativen, Befreiung von Lasten und Verpflichtungen verleihenden, Privilegium sey in der Regel aus einer einzigen Handlung, die man leistete, obgleich das Privilegium davon befreite, die Aufgebung des Privilegiums zu folgern. Ob das bei allen Privilegien gleichförmig anzunehmen wäre; ob nicht noch ganz andre Ausnahmen dabei nöthig seyn möchten als die wohl sonst angegebne, wenn sich der Privilegiirte einen

---

*) Z. B. Preuß. Landr. Th. I. Einl. §. 75.

**) Z. B. Bair. Landr. Th. I. K. 1. §. 16. N. 12.

entgegenstehenden Act vorbehalten hätte; wäre noch sehr zu erwägen. Indessen da dies alles nicht nach Bestimmungen der gemeinen Rechtsbücher entschieden werden kannn, weil solche gänzlich fehlen; so mag dies hier nach den für die jetzigen Untersuchungen aufgestellten Gesichtspunkten auf sich beruhen.

Aus eben denselben erheischt aber der andre Fall desto bestimmtere Erwägung und Vergleichung der dabei in Beziehung genommenen Gesetzstellen; nur muß man sogleich darauf aufmerksam seyn, daß die wenigsten dieser Stellen aus dem römischen Gesetzbuch, weit mehr aus dem kanonischen, sich herschreiben. Also welche Thatsache ist erfodert, um daraus die Aufgebung eines affirmativen Privilegiums schließen zu können, die Aufgebung einer durch ein Privilegium ertheilten Befugniß, Handlungen, die sonst nicht erlaubt sind, vorzunehmen? Man sagt ziemlich allgemein: Nichtgebrauch, Unterlassung der Vornahme solcher Handlungen, zu denen man dadurch berechtigt war. Denn die Behauptung einiger *), Privilegien gingen als res meræ facultatis durch Nichtgebrauch gar nicht verloren, ist als allgemeingeltend in den neuern Zeiten meistens aufgegeben worden; und mil Recht.

---

*) Vergl. die im Lehrbuch §. 1356. Not. b. unter num. 1. angeführten Schriften.

Es ist nemlich an sich schon gar nicht abzusehen, warum ein Privilegium nicht eben so gut wie andre Rechte durch eine während einer gehörigen Zeit unterlassene Ausübung verloren gehen sollte, wenn es sonst in Ansehung des Gegenstandes oder auch in andern hier zu berücksichtigenden Stücken ihnen gleich ist. Freilich wo die gleichen oder ähnlichen Rechte keinem Verlust durch Verjährung unterliegen; da hat auch aus diesem Grunde kein solcher für Privilegien statt und eben so wenn sie ausdrücklich von der Verjährung ausgenommen worden. Will man übrigens für diese Grundansicht auch Belege aus dem gemeinen Recht; so ist, außer den bald zu erwähnenden einzelnen Anwendungen, schon eine Stelle des kanonischen Rechts vorhanden, die den erwogenen Grundsatz in Beziehung auf Privilegien bestimmt ausspricht *).

*) X. V, 33. c. 6. (de privilegiis): Si de terra, quam habetis in parochia canonicorum de Plautio, per XXX annos eis decimas persolvistis eas sibi de caetero integre persolvatis. Licet enim privilegiorum Rom. eccles. beneficio fratribus Cisterciens. ordinis indultum fuerit, quod de laboribus suis nullas decimas persolvere debeant; de privilegio tamen indulto, tanto tempore vobis detrahere voluistis; cum liberum sit unicuique suo juri renunciare, eoque modo non potestis vos in hac parte tueri.

Gleichwohl ist mit der angenommenen Zulässigkeit der Aufhebung durch Unterlassung allein die Sache unstreitig nicht erledigt; es muß zugleich entschieden seyn, binnen wie langer Zeit eine solche Unterlassung geschehen seyn müsse, um jene Wirkung nach sich zu ziehen. Da sind denn fast alle Arten der Verjährung nach einander zur Sprache gekommen.

Viele *) wollen keine andre Verjährung zulassen als eine unvordenkliche; aber wenigstens können sie auf eine meistens angeführte Stelle des kanonischen Rechts **) dabei gar nichts bauen, da in derselben

---

*) Unter andern die im Lehrbuch a. a. O. unter Num. 2. citirten.

**) Sext. II, 13. c. 1. (de praescriptionib.): Episcopus, qui ecclesias et decimas, quas ab eo repetis, proponit (licet in tua sint constitutae dioecesi), se legitime praescripsisse, allegare oportet (cum jus commune contra eum faciat) hujusmodi praescriptionis titulum et probare. Nam licet ei, qui rem praescribit ecclesiasticam, si sibi non est contrarium jus commune, vel contra eum praesumtio non habeatur, sufficiat bona fides, ubi tamen est ei jus commune contrarium, vel habetur praesumtio contra ipsum, bona fides non sufficit; sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat praescribendi: nisi tanti temporis adlegetur praescriptio, cujus contrarii memoria non exsistat.

nicht bloß vor der Erwähnung der unverdenklichen Verjährung andrer Arten, bei denen denn neben der bona fide nach titulus erfodert sey, gedacht wird, sondern auch überdies von Privilegien gar nicht die Rede ist, und vielmehr von andern aus den gemeinen Rechtsregeln gefolgerten Rechten.

Andre *) verlangen für eine Privilegienverjährung dreißig Jahr; aber die Anwendung von der Klagenverjährung **) kann unmöglich allgemein entscheiden und eine schon früher angeführte kanonische Rechtsstelle ***) spricht nur von dreißig Jahren zwischen geistlichen Stiftungen, an deren gemeinen Rechten ein Privilegium Abänderung machte, auch dabei doch nicht von bloßer Unterlassung, sondern von Handlungen, welche die Privilegiirten gegen ein Privilegium vornahmen; und endlich werden 30 Jahre dabei für hinreichend angesehen, aber keine andre Zeit geradezu ausgeschlossen.

Eine sehr ausgebreitete und befolgte Meinung †) will sich allgemein mit zehn Jahren befriedigen; aber

---

*) Vergl. das im Lehrbuch a. a. O. unter Num. 3. angeführte. Leyser sp. 11. cor. 2. sp. 57. med. 6. sp. 457. m. 6. et 7. Pütter Rechtsf. B. II. Th. 4. Rf. 236. N. 11 u. 18.

**) C. VII, 39. c. 3. (de praescript. 30 vel 40 annor.)

***) X. V, 33. c. 6. (de privilegiis).

†) S. die im Lehrbuch a. a. O. unter Num. 4. citirten Schriften.

sie hat gar keinen Grund, als eine sehr einfach bloß von nundinis und nicht mit der geringsten weitern Beziehung auf etwas allgemeineres sprechende Stelle *). So wenig nun sonst hiebei noch irgend eine Nebenbeziehung zur Unterstützung hinzutritt; so haben doch neuere Gesetzgebungen dies zur Regel erhoben; freilich solche, in denen sklavisches Nachfolgen des römischen Rechts, wie es nach einer vorgefaßten Ansicht angenommen, und am meisten gerade in den nicht musterhaften Bestimmungen desselben, zum Theil eingestandnermaßen, an der Ordnung war **).

So viel verschiedene Behauptungen konnten denn wohl die halb unnöthigen Aeußerungen hervorrufen, daß die Verjährungszeit für die Privilegien gar nicht auszumachen sey ***). Gleichwohl möchte die Sache so schlimm doch wohl nicht stehen. Man muß nur freilich keine unmittelbare Entscheidung aus den Gesetzen verlangen; sondern aus dem Inhalt des Privilegiums sie ableiten. Zwar wird auch der gesuchte Unterschied zwischen Privilegien, die zum Nutzen des gemeinen

---

*) L, 11. fr. 1. (de nundinis — aus Modestinus libr. 3. regular.): Nundinis impetratis a principe, non utendo qui meruit, decendii tempore usum amittit.

**) Z. B. Bair. Landr. Th. I. K. 2. §. 16. N. 16.

***) Thibaut über Besitz und Verj. §. 62.

Wesens, und solchen, die zum Privatvortheile des Inhabers ertheilt seyen, nach welchem denn jene binnen zehn Jahren, diese binnen dreißig zu verjähren wären *), sich durch nichts aus gesetzlichen Gründen unterstützen lassen, wie aus den früher darüber gegen einander gestellten und auf ihren eigentlichen Ausspruch zurückgeführten Stellen leicht hervorgeht.

Aber eine andre Anwendung bestehender Regeln oder besser noch eine Folgerung aus solchen möchte mehr begründet seyn. Die ganze Lehre der Verjährung ist in Ansehung ihrer Zeiten bloß abhängig von dem Gegenstande oder Inhalte der zu verjährenden Rechte. Beides findet sich nun ganz gleichförmig bei den Privilegien, die ohnehin, nach bekannten und mehrmals in Erinnerung gebrachten Begriffen, Rechte sind, welche nur als Ausnahme gegen allgemeinere Regeln ertheilt sind. Nun sind bloß Eigenthum und Dienstrechte, oder was diesen gleich zu setzen ist, in zehn oder zwanzig Jahren, Klagen aber in der Regel in dreißig Jahren zu verjähren, gegen welches alles denn manche Ausnahmen, z. B. für Kirchen, bis auf vierzig Jahre gestattet sind; viele andre Rechte bleiben demnach unverjährbar; jedoch ist es immer unbedenklich, daß jede denkbare Erwerbung von Rechten,

---

*) G. L. Böhmer (angeführt im Lehrbuch a. a. O. unter Num. 5.)

wodurch andre zugleich untergehen, durch eine unverdenkliche Verjährung, wenn folglich keine weitre Nachricht vorhanden ist, recht wohl eintreten könne. Hiernach wäre denn wohl keine allgemeine Regel für Privilegien, wohl aber manche genauere Bestimmung für einzelne Arten derselben, aufzufinden; und so erklären sich die in einem früher abgedruckten Gesetz *) genannten dreißig Jahre nach der allgemeinen Ansicht nicht mit Schwierigkeit, wenn gleich in einer andern Stelle **) für einen ganz ähnlichen Fall vierzig genannt sind, aber wohl nur darum, weil so viel im Rechtsstreit angeführt waren. Die genauern Anwendungen hievon mögen aber wieder hier übergangen werden.

---

*) X. V, 33. c. 6. (de privilegiis).

**) X. V, 33. c. 15. (de privilegiis): — procurator monachorum proposuit, quod, cum decimas terram de sarcole diu quiete possederint, antequam ad Templariorum dominium pervenissent, et postquam Templarii terras acquisiere, praedictas decimas earundem per XL annos et amplius pacifice possedissent, nunc eis ipsas subtrahere non verentur. — — Mandamus, quatenus, si abbas et monachi sufficienter ostenderint, quod a Templariis decimas de terris praedictis per XL annos continue percepe-rint sine lite, vos ad praestationem ipsarum Templarios compellatis. Cum enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas solverint: eis renuntiasse tacite praesumuntur.

Hingegen ist es für unsern Zweck sehr wichtig, daß nicht übersehen werde, wie alle bisherigen Betrachtungen über den Verlust der Privilegien durch Entsagung, eben so wie die dafür angeführten Belege, schlechterdings bloß auf eigentliche Privilegien gehen; nicht aber auf eigne Rechte im strengen Sinne. Die Gestalt der zum Grunde liegenden Rechtsfälle bei diesen ist aber auch von der frühern so verschieden, daß gewiß kein Schluß von einer auf die andere als Folgerecht erscheinen kann. Bei Privilegien ist immer von einem Recht die Frage, welches bestimmten Personen ertheilt und von ihnen also für sich durch einzelne Thatsachen erworben worden, mithin auch für sie, wie alle andere Rechte, verloren gehen kann. Bei eignen Rechten sind gesetzliche Regeln da, unter Voraussetzung bestimmter Thatsachen anwendbar. Sie werden folglich im einzelnen Fall, wenn jene Thatsachen eintreten, anzuwenden seyn. Freilich kann nun derjenige, welcher sich auf sie berufen könnte, diese Berufung auch nicht vornehmen wollen. Er kann dies für einzelne Fälle im Augenblick der Anwendung erklären oder auch schon vorläufig für ein ganzes Rechtsgeschäft mit dessen Folgen sie aufgeben. So erlaubte Justinian, daß man in einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft dem Gebrauch der Einrede eines wegen des Kriegsdiensts oder eines Amts, einer sonstigen Würde oder des geistlichen Standes zustehenden befreiten Gerichtsstandes sich begeben dürfe, und

erklärte die Entsagung für gültig und bindend, obgleich früher über die eigentlichen Folgen einer solchen Urkunde Zweifel obwalteten. Er gründet seine Entscheidung dabei ausdrücklich auf den Rechtsgrund, daß jeder Freiheit habe, dem zu seinem Vortheil eingeführten zu entsagen *). Es mag auch gern als der Natur der Verhältnisse angemessen zugestanden werden, wie die Entsagung, so weit sie des Entsagenden eigne Rechte betrifft und so weit sie seinem Willen nach wirklich geht, sehr wohl völlig gültig seyn möge.

Aber abgerechnet daß hiebei von keiner Verjährung die Rede ist und bei deutlich ausgesprochner Ent-

---

*) C. II, 3. c. 29. (de pactis — von Justinian): Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam, licet antea dubitabatur, si oporteret eandem scripturam tenere: et eum, qui hoc pactus est, non debere adversus suam conventionem venire: vel licentiam ei praestare, discedere quidem a scriptura, suo autem jure uti: sancimus, nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. Si enim et ipso praetoris Edicto, pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnino observanda sunt: quare et in hac causa pacta non valeant, cum alia sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renuntiare?

sagung auch nicht seyn darf; so ist eine Ausdehnung dieser Entsagung damit nicht im geringsten behauptet oder vertheidigt. Derjenige, welcher in einem bestimmten Falle sein Recht nicht gebrauchen will, hat durch dieses Aufgeben noch gar keine allgemeine Entsagung desselben für andre Fälle ausgesprochen, ein Umstand, der wieder bei den Privilegien schon leicht sich anders gestalten könnte. Für eigne Rechte ergiebt sich das eben behauptete aus der Natur der Verhältnisse derselben, und zum Ueberfluß dienen auch einzelne Beispiele in den Gesetzen noch als Nebenunterstützung. Nach ihnen verliert der, welcher irgend ein Ehrenamt übernimmt, noch nicht sogleich das ihm sonst zustehende Privilegium der Befreiung von öffentlichen Aemtern *); und besonders heben auch freiwillig übernommene Vormundschaften die allgemeinen Befreiungsvorzüge nicht auf **). Eben so begaben sich auch die besonders ehrenvoll entlassenen Soldaten durch freiwillige Uebernahme einzelner Aemter und Würden nicht der sonst ihnen zustehenden Befreiung von Stadtämtern ***).

---

*) C. X, 43. c. 2. (de his qui sponte publica munera subeunt — von Dioclet. u. Maxim.)

**) C. V, 62. c. 12. (de excusationib. tut. — von Gordian.): Voluntariae tutelae munera privilegiis nihil derogant.

***) XLIX, 18. fr. 2. pr. (de veteranis): Honeste sacramento solutis, data immunitas, etiam in eis

Gleichwohl hat man sich hiebei wieder vor Verwechslungen und falschverstandnen Ausdehnugen sorgfältig zu hüten. Durch die freiwillige Uebernahme eines Amts entsagt man freilich nicht der Aemterbefreiung überhaupt und kann nicht gezwungen werden; auch jedes andre ferner noch zu übernehmen; das ist aus dem allgemeinen Verhältniß der Sache, wie aus den angeführten Belegen, entschieden. Es kann auch ohne Bedenken zu der allgemeinern Lehre erhöht werden, daß man durch eine einzelne Handlung gegen ein nach Gesetzen zustehendes eignes Recht nicht dasselbe in andern Fällen geradezu verliere.

Aber davon ist ein andrer, wenn gleich ohne genauere Beachtung ähnlich scheinender, Fall doch sehr zu unterscheiden. Uebernimmt man eine Stelle, von welcher andre Aemter späterhin nur die Folgen sind; so muß man denn auch diese übernehmen; oder allgemeiner gefaßt: Durch den Verzicht auf ein eignes Recht in einem bestimmten Fall ist man freilich desselben für andre von diesem unabhängigen Fälle nicht verlustig; wohl aber für alle dem ersten bloß untergeordnete Folgen desselben. Bei einem kurzen Umherdenken muß man hier bald auf den Fall treffen, wo sich jemand

---

civitatibus, apud quas incolae sunt, valet. Nec labefactatur, si quis eorum voluntate sua hónorem aut munus susceperit.

als Mitglied eines Kollegiums aufnehmen läßt, das denn aus seinem Mittel wieder einzelne Aemter wählt und damit seine Mitglieder beauftragt. Hier ist nun die Belastung mit jener Mitgliedschaft zugleich eine Belastung mit ihren Folgen; und auch in dieser Ansicht stimmen wieder die alten Rechtsgelehrten mit ihrer ungetrübten Beurtheilung überein. Wer sich einmal als decurio, als Mitglied des ordinis in den municipiis, hatte wählen lassen, der mußte nun auch mehrere Aemter übernehmen; es kann dies, wenn nicht ein unnützer Widerspruch mit den früher gedachten Gesetzen sich erzeugen soll, anders als von den den Decurionen aufzuladenden Aemtern nicht verstanden werden. In diesem Sinn ist es denn von den veteranis *), und von den navicullariis **) gesagt; und in einer der früher genannten Gesetzstellen ist bei der bleibenden Befreiung der decurionatus ausdrücklich ausgenommen ***).

---

*) Eod. fr. 5. §. 2.: Sed veterani qui passi sunt (se) in ordinem legi, muneribus fungi coguntur.

**) L, 6. fr. 5. §. 13. (de jure immunitatis — von Callistratus): Eos, qui in corporibus allecti sunt, quae immunitatem praebent navicullariorum, si honorem decurionatus agnoverint, compellendos subire publica munera, accepi: idque etiam confirmatum videtur rescripto Divi Pertinacis.

***) C. X, 43. c. 2. (de his, qui sponte): Si aliquem honorem excepto decurionatu sponte susceperit.

Gegen die Anwendung der bisher erwogenen Stellen, welche die Gültigkeit einer Entsagung von eignen Rechten, die für gewisse Stände festgesetzt sind, voraussetzen und anerkennen, scheint nun freilich eine andre Stelle des gemeinen Rechts eine wichtige Bedenklichkeit zu erregen und jene, weil sie in dem neuern, kanonischen, Recht sich findet, aufzuheben. Sie gestattet aus dem geistlichen Stande keinem, sich in einer Rechtssache einem weltlichen Gericht zu unterwerfen *). Hieraus und aus einigen Nebenäußerungen

*) X. II, 2. c. 12. (de foro competenti): Asseruisti, te usque ad haec tempora tenuisse, quod licitum sit clerico renuntiare saltem in temporalibus causis juri suo, et sibi laicum judicem constituere, praesertim ubi adversarii voluntas accedit, ac temere juramentum super hoc interpositum respondisti, immemor constitutionis, qua cavetur, pacto privatorim juri publico minime derogari. Cum ergo hoc jus in Milevitano et Carthaginensi conciliis sit specialiter promulgatum, ne clerici clericos, relicto suo pontifice, ad judicia publica pertrahant, alioquin causam perdant et a communione habeantur extranei, et tam episcopi, quam diaconi, seu quilibet clerici in criminali, seu in civili negotio, si, derelicto ecclesiastico judicio, publicis judiciis se purgari voluerint, etiamsi pro eis sit lata sententia, locum suum amittant, et hoc in criminali actione, in civili vero perdant, quod evicerint, si locum suum maluerint obtinere: manifeste patet, quod non solum inviti, sed etiam voluntarie pacisci non pos-

in der zu betrachtenden Stelle hat man nun wohl die Regel ableiten wollen: Ein Mitglied eines Standes könne sich der diesem Stande verliehenen Privilegien überhaupt nicht begeben. Dadurch wäre nun ein gerader Widerspruch gegen die früher aufgeführten Gesetze entschieden; und es hat auch allerdings Rechtsgelehrte gegeben, welche sie durch dies spätere Gesetz aufgehoben glaubten. Aber auch hier wird wieder eine genaue Aufmerksamkeit auf die bestimmten Ausdrücke, wie sie gerade vorliegen, über die eigentliche Meinung der Stelle wohl ein andres Licht verbreiten. Der Satz selbst in Ansehung der Geistlichen ist deutlich genug ausgesprochen; seine Gültigkeit oder Zulässigkeit mag hier ungeprüft bleiben, wo bloß die allgemeinen Ansichten das Hauptaugenmerk seyn sollen. Zum Zurückgehen auf solche giebt der Inhalt der Stelle allerdings Veranlassung; es sind Rechtsgründe, aus welchen die erwähnte Behauptung als Folge abgeleitet ist, mithin diese Art von rationibus legis, genannt; und zwar sind diese allgemeinern Rechtsgrundsätze bei der vorliegenden Betrachtung um desto erheblicher, da die neuern Rechtsgelehrten gerade darnach strebten, die in

---

sunt, ut secularia judicia subeant: cum non sit beneficium hoc personale, cui renuntiare valeat, sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pactio derogare non potest.

der zu beurtheilenden Stelle liegenden allgemeinen Bestimmungen herauszufinden. Der erste darinn erwähnte Grundsatz zwar: pacto privatorum juri publico minime derogari potest, ist zwar auf der einen Seite viel zu allgemein und es muß ihm im geordneten System des Rechts ein zu hoher Platz eingeräumt werden, als daß die hier daraus gezogene Folge unmittelbar aus denselben hervorgehen könnte; es bedürfte dazu unstreitig noch eines vermittelnden Satzes. Auf der andern Seite aber ist der Ausdruck: jus publicum sichtbar vieldeutig und man kann bei der mehrgedachten Stelle nicht mit leichter Ueberzeugung den eigentlichen Sinn davon ausmitteln. Doch es sind andere näher liegende Grundsätze in Beziehung genommen. Der eine im Gegensatz aufgestellte ist ganz einfach und deutlich ausgesprochen: Beneficio personali renuntiari potest; ein andrer, der den ersten einschränken soll, liegt in den Worten verborgen: potius toti collegio ecclesiastico est publice indultum. Hieraus muß sich denn der eigentliche Rechtsgruudsatz, aus dem man folgern wollte, entwickeln lassen; er geht auch vielleicht ohne Schwierigkeit für den unbefangnen Forscher hervor. In dem, daß ein Beneficium bloß publice indultum sey, kann der Grund nicht liegen; denn das ist jedes eigne Recht, jedes beneficium personale, dem man doch entsagen kann. Von einem Stande, dessen Privilegien der einzelne zu diesem Stande gehörige, mit der

Eigen=

Eigenschaft, die den Stand begründet, bekleidete, nicht entsagen könne, steht kein Wort in dem Kapitel und kann auch wohl nicht stehen; aber wovon denn? Von einem Collegio. Was heißt dies aber? Doch wohl in jedem Falle bloß eine unter einander selbst verknüpfte Verbindung mehrerer Personen, eine Gesellschaft. Mag diese nun auch darauf sich gründen, daß die zu ihr gehörigen einen besondern Stand haben und ausmachen; so entscheidet dabei der Stand an sich nicht. Von einer beträchtlichen Anzahl von Ständen bildet nicht jeder in sich selbst ein Ganzes und gewiß kein Collegium. Hier steht jede dazu gehörige Person für sich allein und auf diese Art von Ständen paßte denn der zweite Grundsatz: Beneficio personali renuntiari potest. Indessen können andre Stände, jeder in sich, eine Verbindung und einen innern Zusammenhang haben, so daß die mit den Privilegien des Standes berechtigten zugleich Mitglieder einer zusamenhängenden Gesellschaft sind. Hier ist denn wohl durch das Aufgeben der Standesrechte von einem einzelnen Mitgliede ein Nachtheil für den ganzen Stand denkbar; und demzufolge ist denn die eigentliche Meinung der betrachteten Stelle, welche nur auf Stände von einer besondern Eigenschaft geht, verständlich und begreiflich genug; aber auch dies zugleich unverkennbar, daß von einer Abänderung der früheren, über die Stände überhaupt geltenden Gesetze in dieser Stelle gar nicht

mehr die Rede seyn kann. Nur auf diesen letzten Punkt war hier eigentlich die ganze Untersuchung zu richten, indem die übrigen durch jene Stelle vielleicht veranlaßten Betrachtungen, so mannichfaltig sie auch seyn können, zu sehr ins einzelne gehen und überhaupt auch schon aus dem hier einmal festgesetzten allgemeinen Gesichtspunkt heraustreten würden.

Eine andre, mit einer Entsagung von Privilegien nahe verwandte, Erwägung erhält ebenfalls erst durch die genaue Sonderung der eignen Rechte und der Privilegien ihr richtiges Licht. Kann ein Privilegium an andre überlassen, kann es verpachtet, kann es eigenthümlich abgetreten werden? Vergleicht man hier wieder die Rechtslehrer, welche sich darüber erklärten; so findet man um so weniger bei diesen Fragen einen Unterschied zwischen den beiden Arten der Privilegien gemacht, als sie zum Theil einige Arten der eignen Rechte, besonders die, welche einen gewissen Stand voraussetzten, zu einer Ausnahme gegen die sonstigen für allgemein ausgegebnen Regeln machen. Gleichwohl liegt der wahre entscheidende Grund zur Beantwortung jener Fragen allein in dem mehr erwognen Unterschiede. Privilegien, als Rechte, die durch eine besondre von den allgemeinen Gesetzen unabhängige Thatsache von bestimmten Personen im eigentlichen Sinne erworben worden, sind ihrer Verfügung, wenn nicht ein specieller Grund der Einschränkung vorhanden ist, im allgemeinen

eben so unterworfen wie andre von ihnen erworbne Rechte. Hier widerspricht weder die Ueberlassung des ganzen Rechts noch auch besonders der Ausübung der eigentlichen Natur derselben. Aber wie will man eine ähnliche Vorstellung an die eignen Rechte knüpfen? wie von Verpachtung oder Abtretung des Privilegiums der Ungültigkeit weiblicher Interceſſionen, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für Minderjährige, der Privilegien der Bürgen u. a. sprechen? dies alles sind nicht eigentliche für sich bestehende Rechte, bei denen Verfügung denkbar wäre; sondern es sind wirkliche gesetzliche Regeln, deren Anwendung nur durch eine besondre Thatsache in einzelnen Fällen veranlaßt ist, wenn alle dazu erforderliche Bedingungen sich vorfinden. Von Verpachtung solcher Rechte wird nie die Rede seyn können; von Abtretung wohl in einigen Fällen, aber bloß in solchen, die entweder die vorgetragene Ansicht auf das deutlichste bestätigen oder eben als ausdrückliche Ausnahme die Regel nur noch mehr erhärten.

Sind die eignen Rechte nicht an Eigenschaften einer Person, sondern an Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte gebunden, wie manche Privilegien im Konkurse u. a.; so können sie allerdings an andre abgetreten werden; aber wie? Nicht für sich allein; sondern bloß in Verbindung mit den sonstigen Rechten

aus den Rechtsgeschäften. Genau genommen werden darum hier die eignen Rechte keineswegcs abgetreten; sondern nur die aus den Rechtsgeschäften selbst zustehenden wirklich besonders erworbenen Rechte. Daß die dabei vorkommenden eignen Rechte zugleich mit übergehen, für den bisher damit begabten aufhören und für den Andern von nun an gelten; liegt in keiner wahren Uebertragung; vielmehr bloß darinn, daß sie nicht durch die Person, sondern durch das Rechtsgeschäft bedingt waren, und daher als kein erworbnes, der persönlichen Willkühr untergeordnetes, Recht geachtet werden können. Sie gelten folglich immer nach den Gesetzen unter der von diesen vorausgesetzten Thatsache und bloß wenn ihre Anwendung durch sie veranlaßt ist.

Erscheinen auf der andern Seite in den Gesetzen Vorzugsrechte, bei denen eine Uebertragung an andre nachgelassen ist, wie dies allerdings für den Fiscus statt hat; so tragen sie zugleich, abgerechnet daß diese den eigentlichen Privilegien sehr nahe kommen, ganz deutlich das Gepräge der ausdrücklichen Ausnahme, die eben ein neues Vorzugsrecht des Fiscus ausmacht, und bewähren so noch deutlicher, daß ohne eine solche ausdrückliche Ausnahme die Uebertragung nicht statt haben könne.

Sieht man nun zulezt noch auf die Frage: inwiefern ein Privilegium durch Mißbrauch verloren

gehe? so wird auch hier von neuem sich die Nothwendigkeit der Sonderung der beiden Arten von Privilegien bewähren. Freilich spricht eine Stelle im kanonischen Gesetzbuch die Regel deutlich aus, daß derjenige, welcher die ihm gestattete Gewalt mißbraucht, sein Privilegium gänzlich zu verlieren verdiene *); und mehrere andre Stellen desselben Gesetzbuchs wiederholen dieselben Worte bei einzelnen darauf gebauten Entscheidungen **). Freilich hat man hieraus wenigstens den Lehrsatz aufgestellt, daß, wenn auch überhaupt der Mißbrauch nur zu dessen Einschränkung auffodere, er doch, außer dem Fall, wo der Verlust des Privilegiums als Strafe angedroht worden, zur Beraubung des Privilegiums wenigstens dann hinreichend sey, wenn der Mißbrauch zugleich ein Verbrechen enthalte, und wohl einen unersetzbaren Schaden für das gemeine Wesen besorgen lasse ***), und dabei bezieht man sich denn wohl auf eine römische, von Privilegien einer besondern Art sprechende, Rechtsstelle ****). Neuere

---

*) C. 11. qu. 3. c. 63.: privilegium omnino meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate.

**) D. 74. con. 7. — X. V, 33. c. 11 et 24. (de privilegiis).

***) Vergl. Malblanc princip. j. rom. T. 1. §. 33. und die dort citirten.

****) C. XI, 42. c. 3. (de aquaeduct.)

Gesetzgebungen haben denn auch dieselben Grundsätze aufgenommen, nur freilich genauer gesetzlich bestimmt oder in der angenommenen Auslegung abgeändert. So ordnet das Bairische Landrecht den Verlust wegen groben Mißbrauchs oder begangnen Verbrechens an; nur soll nach Kreitmayr's Noten zu der gedachten Stelle dies nur von Verbrechen verstanden werden, welche Konfiskation nach sich ziehen. Das allgemeine Preußische Landrecht †) ist bestimmter. Es erfodert einen groben Mißbrauch zum Schaden des Staats oder der Mitbürger; und läßt die Beraubung nicht anders als nach einem richterlichen Straferkenntniß, nur ohne Entschädigung zu.

Es ließe sich allerdings immer noch fragen, ob dieser Verlust so völlig nach gemeinem Recht anzunehmen sey? Das römiche Recht enthält nichts allgemeines darüber; und das kanonische ist vielleicht auch nicht so allgemein zu verstehen. Vollends aus der Natur der Sache läßt es sich unmöglich als für sich folgend behaupten, wenn gleich einige *) auch diese Behauptung vorbrachten. Indessen für unsern Zweck

---

†) Einl. §. 75.

*) Z. B. Klein Rechtsfälle der Hallischen Juristenfakultät B. IV. N. 9.

mag alles dies immer übergangen werden. Wohl aber ist soviel aus dem angeführten leicht einleuchtend, daß dieser Verlust bloß wieder von Privilegien gelten könne, und auf eigne Rechte im allgemeinen gar nicht anzuwenden sey, wenn gleich besondre Regeln wegen Betrug in den zu beurtheilenden Geschäften oder aus andern Ursachen bei einzelnen eignen Rechten deren Ausübung nicht wohl für unzulässig erklären können.

IV.

Ueber die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung von Geschäften,

---

Zur Erläuterung der §. 158. 159 und 588. des Lehrbuchs.

Es ist ein bekannter, in einer Stelle der römischen Rechtssammlungen deutlich ausgesprochner Rechtssatz: Jede Genehmigung werde geradezu zurückgezogen und bestätige alles, was von Anfang an vorgekommen sey. Gleichwohl sind in denselben Sammlungen mehrere Stellen, die diesem Grundsatz widersprechen und welche Entscheidungen nach ganz entgegenstehenden Grundlagen enthalten. Um diesen Widerspruch zu heben, versuchte man mancherlei Behauptungen; so unter andern die, daß das Zurückziehen nur gelte bei solchen Geschäften, die nicht völlig unkräftig, sondern nur auf Ratifikation oder Gutheissen ausgestellt wären; daß aber dagegen Geschäfte, welche völlig unkräftig waren, erst von der Zeit der Ratifikation gültig würden *). Weder diese noch andre Unterscheidungen konnten den unbefangnen Forscher befriedigen noch von ihm den

*) So erklärt sich nach mehrern ältern Kreitmayr Anm. zum Cod. civ. bavar. Th. IV. Kap. 1. §. 24. Not. 9.

Gesetzen gemäß befunden werden. Jede Berichtigung mußte immer mit Erkenntlichkeit aufgenommen werden; und eine solche hat sich allerdings auch hier Thibaut verdient. Er hat mit seinem anerkannten Scharfsinn die abweichende Bestimmung in der Lehre von der Geschäftsführung in die eigentliche für sie vorgezeichnete Bahn eingeleitet *), und man darf nur auf seinem Wege fortgehen, um von dieser Seite der Schwierigkeiten überhoben zu seyn.

Die allgemeine Ansicht war indessen dadurch noch nicht rein geworden; darum mußte wohl hierauf noch eine besondre Bemühung gerichtet werden. Auch dieser unterzog sich Thibaut. An zwei Stellen seines Pandektenrechts **) erklärt er sich gleichförmig darüber, und zwar auf folgende Art: Genehmige der Urheber des Geschäfts dasselbe; so habe dies keine rückwirkende Kraft, sondern dann wäre dasselbe erst vom Augenblick der Genehmigung gültig. Genehmige ein Dritter ein zwischen andern Personen geführtes Geschäft, das aber ohne seine Genehmigung null und nichtig war; so wird denn die Genehmigung auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen; genehmige er aber ein Namens seiner gültig geführtes Geschäft; so habe dies keine rückwir-

---

*) Thibaut Versuche Th. II. Abh. 10.

**) §. 83. Not. K. im §. 139.

kende Kraft, sondern die Genehmigung gelte erst von der Zeit an, da sie ertheilt ward.

Man wird schwerlich in der Natur der Verhältnisse, die hier zu beurtheilen sind, einen Grund finden, auf die angegebne Art zu unterscheiden; und dies muß dann schon jedem, dem die liberale und anpassende Behandlung des Rechts durch die römischen Rechtsgelehrten einleuchtend und dadurch auch leitend geworden, Bedenklichkeiten genug erregen. Man kann diese nicht dadurch niederschlagen, daß man etwa bloß darauf dringt, wie die letzten Gesetze, welche eben die vorzüglich befragte Regel wörtlich enthalten, erst von Justinian herkämen, wie diesem Gesetzgeber und seinen Zeiten die alte Freiheit und Liberalität der Beurtheilung schon fremde geworden sey, und er sich gern willkührlichen Bestimmungen hingegeben habe. Denn nicht bloß gedenkt Justinian ausdrücklich, daß er frühere Streitigkeiten entscheide und also nahm er wohl nur eine von den beiden ältern Meinungen an, sondern es sind auch noch Spuren einer aus der von ihm beibehaltenen Meinung abgeleiteten Entscheidung in den Pandekten, die man um so sicherer und mit desto deutlicherm Bewußtseyn aufnahm, als von den beiden hier zu betrachtenden Verordnungen im Codex die eine vor der Abfassung der Pandekten, die andre, eine von den bekannten funfzig Decisionen, während derselben, also vor ihrer Kundmachung, festgesetzt und abgefaßt war.

Allein die eben erwähnte Unterscheidung darf auch um so weniger als zulässig und gesetzmäßig angesehen werden, da gerade das Gesetz, das die Grundlage in der neuen Justinianeischen Gesetzgebung ausmacht, eben in einem Fall, wo des ursprünglichen Urhebers vom Geschäfte Genehmigung hinzukommt, diese auf den Anfang zurückzieht.

Damit nemlich die ganze Lehre am einfachsten übersehen werde; mögen zuförderst die römischen Gesetzstellen durchgegangen und hierauf erst der Versuch gemacht werden, sie auf eine allgemeine und unter sich selbst zusammenstimmende Ansicht zurückzuführen.

In der ersten Grundlegenden Verordnung Justinians vom Jahr 528 soll eine im letzten Willen des Schenkgebers genehmigte Schenkung zwischen Ehegatten wenn sie so groß ist, daß sie ohne Insinuation zwischen Lebenden nicht bestehen könnte, erst von der Zeit ihrer Bestätigung im Testament gültig seyn; dagegen soll eine kleinere dadurch, wie durch das bloße Stillschweigen darüber, schon von der Zeit an gültig werden, da sie zuerst geschah; und dabei ist denn nebenher gesagt, daß auch andre Genehmigungen eingegangner Geschäfte zurückgezogen würden auf die Zeiten, da die Geschäfte geschlossen wurden *). Es ist unwider-

---

*) C. V, 16. c. 25. (de donationibus inter virum et uxorem, et de parentibus in liberos factis, et de

sprechlich, daß hier die Genehmigung von dem Urheber des Geschäfts, als wofür doch der Schenkgeber ohne allen Zweifel gelten muß, ausgeht und durch ein Zurückziehen derselben statt haben soll.

---

ratihabitione. — Diese sogar in die Ueberschrift aufgenommenen letzten Worte scheinen beinahe eine desto größere Aufmerksamkeit auf diese Verordnung erregen zu sollen.): Donationes, quae parentes in liberos cujuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eam, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes, actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium ejus qui donavit, confirmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur: ita tamen ut, si quidem ultra lege definitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint: specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. Si vero vel non amplior sit donatio, vel cum amplior esset, in actis insinuata sit: tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit; sicut et alias ratihabitiones

Das zweite Gesetz desselben Kaisers ist vom Jahr 530 und ordnet, um frühere Bedenklichkeiten zu beseitigen, an, daß ein vorher ohne väterliche Einwilligung aufgenommenes, nachher aber vom Vater genehmigtes, Geldarlehn eines Hauskindes gültig seyn solle, weil nach des Kaisers neuerer Verordnung, — welches aller Wahrscheinlichkeit nach die eben vorher erwähnte ist, — überhaupt jede Genehmigung durchaus zurückgezogen werde und das, was von Anfang an vorgegangen sey, bestätige *).

Nen

negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci pesse.

*) C. IV, 20. c. 7. pr. (ad SCtum Macedonianum): Si filiusfamilias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit: veterum ambiguitatem decidentes, sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandatu filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur: ita et, si postea ratum pater habuerit contractum: cum testimonium paternum respuere satis iniquum sit. Necesse est enim, patris ratihabitionem, vel principali mandato patris, vel consensui non esse absimilem: cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur: et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.

Neu aber und bis auf Justinian ganz unerhört ist jener allgemeine Grundsatz keineswegs. Es ist vielmehr nach einer Pandektenstelle eine ohne Wissen des Eigenthümers geschehene Verpfändung zwar an sich ungültig; genehmigt sie aber der Eigenthümer; so geht diese Genehmigung zurück auf die Zeit des Vertrags darüber *). So ist denn, wenn auch Justinian etwas hierinn neu vorgeschrieben hätte, wie er anzudeuten scheint, dies doch wohl, wenigstens zum größten Theil, nur so zu verstehen, daß er von zwey verschiedenen ältern Meynungen die eine als allgemeine Regel fest bestätigt, und seine Sammler haben hierauf die dieser Meynung gemäße letzte Entscheidung in die Pandekten mitaufgenommen.

So allgemein übrigens indessen diese Regel ausgedrückt scheint; so leuchtet es doch nur zu klar hervor, daß Justinian eine ganz allgemeine Verordnung für jede Art später erfolgter Genehmigung unstreitig nicht wollte; und zwar um so klärer und unverkennbarer, als er selbst in dem frühesten Gesetz, welches die erste Grundlage enthält, in dem einen Fall die rückwirkende Kraft selbst auf das ausdrücklichste verbietet. Um so begreiflicher muß

---

*) XX, 1. fr. 16. §. 1. (de pignorib. et hypothecis): Si, nesciente domino, res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro (re) currere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit.

denn ein anderes Beyspiel einer nicht zugelassenen Rückwirkung in den Pandekten erscheinen. Ein Soldat, der nach den kaiserlichen Amtsvorschriften (mandatis, Instructionen) für die Provincialstatthalter in einer Provinz, in welcher er diente, die aber nicht zugleich sein Vaterland war, keine Frau heirathen durfte oder sonst eine ungültige Ehe schloß, konnte nach niedergelegtem Amt, wenn er bey seinem Entschluß verharrte, die Ehe gültig machen; aber nur die nachher aus dieser nunmehr gültigen Ehe gebornen Kinder waren legitim *). Von den früher gebornen galt dies folglich nicht; und an Legitimation dachte damals bekanntlich noch niemand.

Eine der merkwürdigsten Reihen von anscheinend abweichenden und kaum vereinbaren Bestimmungen über Zulassung und Untersagung dieser rückwirkenden Kraft bey der Genehmigung findet sich nun besonders bey der Geschäftsführung und zwar ist der vollständige Zusammenhang wohl dieser

Alles, was vor der Genehmigung vorgegangen war, behält zwischen dem nachher genehmigenden Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer bloß die Gestalt und die Wir-

---

*) XXIII, 2. fr. 65. §. 1. (de ritu nuptiarum — von Paulus): Idem eodem respondit: mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, justas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex justo matrimonio, legimos esse.

kungen der Geschäftsführung. Ganz deutliche Worte einer Pandektenstelle sagen es aus, daß auch nach der Genehmigung die Klage aus der Geschäftsführung statt habe *).

Insofern auch nach einer solchen Genehmigung Verhältnisse gerichtlich auseinanderzusetzen sind, welche schon vor derselben entstanden und eingetreten, und also damals unstreitig in dem Verhältniß der Geschäftsführung zu beurtheilen waren; ist die Sache auch einfach und leicht übersehbar. Es folgt also unstreitig aus dieser Ansicht, daß eine ganz vollendete Geschäftsführung, wenn sie auch später genehmigt wird, doch nur allein als Geschäftsführung zu beurtheilen bleibe. So sagen Gesetze im Codex: Wenn jemand (veranlaßt vielleicht dadurch, daß der eigentliche Gläubiger den Contract auf seinen Namen schloß) vom Schuldner das schuldige Darlehn einfoderte und auch der Gläubiger diese Zahlung genehmigte; so habe der Gläubiger gegen den ersten die Klage aus der Geschäftsführung **).

---

*) III, 5. fr. 9. in (de negotiis gestis): — erit — et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

**) Cod. VIII., 38. c. 3. (de contrahenda et committenda stipulatione — von Caracalla): Si, cum pecuniam tuam crederes, accommodato nomine Juliani stipulatio in personam ejus directa est, cum nihil sit actum ex verborum conceptione, intelligis superfuisse tibi rei contractae (al. re contractam) obligationem: ac propterea si

Noch deutlicher sagt eine andere Stelle: wenn einer, der ohnehin des Bürgen Geschäfte besorgte, dem Gläubiger aus einer Stipulation so gezahlt hat, daß er den Schuldner und den Bürgen befreyte, und dies zum Vortheil (der gedachten Interessenten) gethan hat; so ist ihm der Bürge dafür durch die Klage aus der Geschäfsführung verhaftet; und es kommt hiebey darauf nichts an, ob der Bürge genehmigt habe oder nicht *). Dies Verhältniß bleibt sogar dann dasselbe, wenn die Genehmigung erst erforderlich war, damit ein Geschäft, das den nicht anging, für welchen es geführt war, eine Angelegenheit des letzten würde. — In diesem Lichte erscheint folgender Fall: Ich fodre von dem Schuldner eines Verstorbenen, für dessen Erben ich *A* halte, da doch B Erbe ist, die

---

pecuniam a debitore Julianus exegerit, eamque solutionem ratam habuisti: habes adversus eum negotiorum gestorum actionem. Die cursiv gedruckten Worte machen (nur mit dem Zusatz tuam hinter pecuniam) eine andere Stelle, nemlich Cod. II, 19. fr. 9. (de negotiis gestis) vollständig aus; die in der ersten vorkommende Einleitung drückt die Veranlassung des Falls genauer aus und zeigt, wie die Stelle in den erstgenannten Titel kommt; sie enthält aber nichts zur Beschränkung der ohnehin im zweyten Titel allgemein aufgestellten Regel.

*) XVII, 1. fr. 50 pr. (mandati vel contra): Si is, qui negotia fidejussoris gerebat, ita solvit stipulatori, ut reum fidejussoremque liberaret, idque utiliter fecit, negotiorum gestorum actione fidejussorem habet obligatum: nec refert, ratum habuit nec ne (fidejussor) — —

Schuld durch Klage ein und er zahlt sie mir aus; so gelten zwischen mir und A die gegenseitigen Verhältnisse und Klagen aus der Geschäftsführung. Freylich könnte man sagen: es sey ein fremdes Geschäft geführt worden. Aber einen solchen Zweifel hebe die Genehmigung. Dieser Vorgang bewirke, daß man doch annehmen müsse, es sey A's Geschäft geführt worden, weil gegen ihn nun die Erbschaftsklage angestellt werden kann *), (welche nemlich auf Auslieferung der Erbschaft, also auch des Geldes, das er sich durch die Genehmigung zugeeignet hat, gerichtet ist und B zustehen würde).

Noch vollständiger endlich und mit völlig bestimmten Erklärungen setzt das über die Geschäftsführung zuerst angeführte Gesetz auch die Nebenumstände zwischen dem Geschäftsführer und Geschäftsherrn bey später hinzugekommener Genehmignng auseinander und verbreitet dadurch eine desto reinere Beleuchtung über die Hauptfrage, indem es vorzüglich, aber mit noch genauerer Entgegenstellung der Möglichkeiten, folgendes aussagt: Die Genehmigung eines schlecht, also nicht utiliter, führ-

---

*) III, 5. fr. 6. §. 10. (de negotiis gestis — von Julianus): Idem (Pedius) ait, si Titii debitorem, cui te heredem putabam, cum esset Sejus heres, convenero similiter et exegero: mox tu ratum habueris: esse mihi adversus te, et tibi mutuam negotiorum gestorum actionem. Atquin alienum negotium est: sed ratihabitio hoc conciliat: quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur, et a te hereditas peti possit.

ten Geschäfts durch den Geschäftsherrn hat die Folge, daß dieser sich der dadurch übernommenen Verpflichtung nicht mehr entziehen und also späterhin das Geschäft nicht mehr tadeln kann, wenn anders der Geschäftsführer sich keine Argliſt dabey zu Schulden kommen ließ. Dagegen darf er nach wie vor das ihm aus der Geschäftsführung zustehende fodern, z. B. eingezogene Schulden, eingenommenes Kaufgeld, (wie der Geschäftsführer seine Auslagen) und darf deshalb den letzten mit der aus der Geschäftsführung fließenden Klage zur Verantwortung ziehen *).

So zeigt sich in allen diesen Stellen deutlich, daß für die der Genehmigung vorhergehende Zeit das Ver-

*) Eod. fr. 9. (de negotiis gestis): Pomponius scribit, si negotium a te, quamvis male gestum, probavero: negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo ne in dubio hoc an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: Immo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum; et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi: ita omne, quod ab ipso probatum est. Ceterum, si, ubi probavi, non est, negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim, quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est: erit igitur et post ratihabitionem negotiorum actio.

hältniß der Geschäftsführung unverändert bleibe und nicht in das Verhältniß der Bevollmächtigung übergehe, welches das zuletzt angeführte Fragment auf das ausdrücklichste ausschließt. Von dem Augenblick der Genehmigung geht dagegen für die Folge das Rechtsverhältniß des Mandats an. So ist, wie Thibaut schon treffend gezeigt hat, eine Stelle im Titel der Pandekten von den Rechtsregeln *) wohl auszulegen, so daß dieselbe in keinem Widerspruch mit den vorigen weiter erscheine. Sie ist es um desto sicherer, da, so kurz auch die Stellen dieses Titels meistens sind, doch hier noch so viel einleitende Worte stehen geblieben, daß man sieht, Ulpian habe hier nur die Absicht gehabt, Fälle zu nennen, wo man eine Bevollmächtigung anerkennen müßte, besonders bey Verhältnissen, wo einer für den andern handelt. Diesem zufolge ist denn der ganze Zusammenhang der gedachten Stelle bloß der: Wenn einer für den andern in Geschäften eintritt: so kann dies gleich anfänglich schon zufolge eines Auftrags geschehen. Ein solcher Auftrag ist auch immer vorauszusetzen, wenn jemand nicht verbot, für ihn einzutreten. Aber auch (sed et — diese Worte beweisen die Beziehung auf den vorher angedeuteten Fall unverkennbar) wenn er das schon (deshalb)

*) L, 17. fr. 60. (de R. I.): Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione

vorgegangene genehmigt; so wird er (von nun an) nach der Mandatsklage verhaftet. — Daß hiebey andre Handlungen, wegen deren geklagt werden könnte, der Genehmigung vorhergegangen wären; ist bey dem bloßen Eintreten für andre gar nicht nöthig anzunehmen. Die Genehmigung kann auf das Eintreten allein gegangen, und die Ansprüche gegen den Geschäftsherrn können immer erst nach der Genehmigung aus den zufolge des Eintretens später vorgenommenen Handlungen sich erzeugt haben. Dem Wortsinn nach wäre demnach wohl bloß alles in dem gedachten Bruchstück auf dies Eintreten einzuschränken und nicht mit Weglassung des sed et die letzte Periode, als allgemeinere Regel für alle Genehmigungen zu behandeln. Will man aber doch diese Regel zu einer allgemeinern ausdehnen, wogegen der Rechtsgrund, das hier zum Grunde liegende Rechtsverhältniß, die einzige ratio legis, welche hier in Betracht kommen kann, eben nicht widerstrebt; so ist sie alsdann doch bloß auf die der Genehmigung nachfolgenden Vorgänge zu beziehen; und damit stimmt denn auch eine andre Stelle durch den bey ihr angegebnen allgemeinern Rechtsgrundsatz zusammen, nach welchem erklärt wird, daß keine Mandatsklage zustehen könne, wenn kein Mandat (dem Geschäft) vorhergegangen wäre *), obgleich Bynkershök **) diese

*) XVII, 1. fr. 20. §. 1. (mandati): Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit: nam

dieſe Worte darauf einſchränken will, daß es der Klage nur vorhergegangen ſeyn dürfte.

Freylich könnten die letzten, oben noch nicht abgedruckten, Worte einer ſchon angeführten Stelle ***) noch

---

mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.

**) S. not. 58. der Göttinger Ausgabe des C. J. zu dieſer Stelle.

*) XVII, 1. fr. 50. pr. (mandati): die Florentiniſche Handſchrift lieſt die Stelle ganz ſo: Si is, qui negotia fidejussoris gerebat, ita solvit stipulatori, ut reum fidejussoremque liberaret, idque utiliter fecit, negotiorum gestorum actione fidejussorem habet obligatum: nec refert ratum habuit nec ne: fidejussor etiam antequam solveret procuratori pecuniam, simul ac ratum habuisset, haberet tamen mandati actionem. — Die Göttinger Ausgabe giebt als Lesart der Vulgata bey den curſiv gedruckten Worten an: nec ne fidejussor. Sed fidejussor etiam etc. So leſen auch die ſpätern gloſſirten Ausgaben allerdings; aber von allen fünf Ausgaben des Digesti veteris aus dem fünfzehnten Jahrhundert auf der Landshuter Univerſitäts-Bibliothek keine einzige; ein neuer Beweis der Bemerkung, daß unter Vulgata in jener Ausgabe nicht die alten Ausgaben gemeynt ſind. Die Ausgabe 1) Venetiis apud Jac. e Rubeorum familia 1477 lieſt: nec ne fidejussor. Si fidejussor etiam etc. Die andern vier: 2) Norimb. ap. Koburger. 1482. — 3) Veneliis ap. Andr. Papiens. 1486. — 4) Venetiis ap. Bapt. de Tortis. 1488. — 5) Venetiis ap. B. de Tortis. 1494 leſen: nec ne fidejussor. Sed si fidejussor etiam etc. — (Die unter num. 1 und 3 genannten Ausgaben fehlen in Panzer's Annalen; eine Bemerkung, die ich dem um die genannte Bibliothek und ihren Gebrauch überhaupt, und um die große Incunabelnſammlung derſelben beſonders, ſehr verdienten Herrn Cuſtos Harter verdanke. Die

einiges Bedenken erregen. Es wird in diesen Schlußworten dem Bürgen auch vor der Zahlung (d. i. nach den vorhergehenden Worten: vor der Rückzahlung) an den Bevollmächtigten, sobald er nur genehmigt hat, die Mandatsklage beygelegt. Aber gegen wen soll diese Klage statt haben? Man könnte verleitet werden, nach den frühern Worten der Stelle, in denen von einer Zahlung an den Gläubiger für den Bürgen durch dessen nicht beauftragten Geschäftsführer gesprochen wird, diese Klage gegen den Geschäftsführer anzunehmen, weil vorher von diesem die Rede ist, obgleich hier immer schon einige

---

erste Ausgabe scheint übrigens manche wirkliche Druckfehler zu enthalten.) — Uebrigens heißt die Glosse zu diesen Worten in allen Ausgaben so: Sed etiam. litera (est) communis, sed fidejussor antequam solveret etc. Secundum (num. 1 liest sed) Py (wahrscheinlich Pyleum) est. Sed etsi fidejussor antequam. Accursius Florentinus §. 9. (de negot. gestis): Item quaeritur apud Pedium libro septimo: si Titium, quasi debitorem tuum, extra judicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor (Hal. tuus) non esset: tuque postea cognoveris, et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait, dubitari posse: quia nullum negotium tuum est, cum debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei a quo exactum est, adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit: ita et ipsi debebit post ratihabitionem adversus me competere actio. Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.

Bedenklichkeit deshalb im Wege stehen müßte, weil es nicht heißt: ehe er dem negotiorum gestori, sondern ehe er dem procuratori gezahlt hätte. Allein nach einer genauern Erwägung der Stelle ist wohl unverkennbar diese Klage vom Bürgen, wenn er die Verpflichtung gegen den für ihn eintretenden Geschäftsführer, dem er nach der Genehmigung nichts weiter ableugnen kann, übernommen hat, wider den Hauptschuldner anzustellen, als wider welchen ohnehin immer die genannte Klage als die regelmäßigste gilt *); und dann gehört sie gar nicht zu der Betrachtung, welche hier die Aufmerksamkeit in Anspruch nahm. Eben so legt es auch schon die Glosse aus **).

Um so mehr hat diese Bedeutung allein statt, da die Genehmigung auch ein fremdes Geschäft zu dem unsrigen machen kann. Aus diesem wörtlich angeführten Grunde ist zufolge einer Rechtsstelle nach der Genehmigung sogar das, was der bisherige Geschäftsführer noch in Händen hat, selbst dann von ihm zu fodern, wenn es wirklich nicht unser Geschäft war, das er führte, sondern er es nur dafür hielt; z. B. wenn er sich von jemanden hat zahlen lassen, als ob es eine uns zustehende Foderung wäre, die es aber nicht war ***).

---

*) vergl. mein Lehrbuch des Civilrechts §. 467. 468.

**) Sie heißt: Actionem, tum quia ipse solvisse videtur quod alius pro se solvit, tum quia id ei abest in quo est obligatus, ut §. de neg. ges. si quis mandata.

***) III, 5. fr. 6.

Außer dem Verhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und Geschäftsführer ist aber nun noch das Verhältniß des Geschäftsherrn und des Dritten in Betracht zu ziehen, mit welchem der Geschäftsführer als solcher Rechtsgeschäfte einging. Gegen diesen haben nach der Genehmigung dieselben Rechte ohne Einschränkung statt, wie beym Mandat. Hierüber enthält eine Stelle des Coder eine belehrende Erläuterung, indem sie aussagt, daß, wenn jemandes eigenthümliches Grundstück ohne sein Wissen oder wider seinen Willen veräußert wäre, und er nachher in den Verkauf gewilligt hätte, er dann gegen den Käufer keine Klage weiter habe, wie er sie ohne die Einwilligung gehabt hätte. Uebrigens bliebe ihm gegen den Verkäufer, — also wieder ohne eine hier durch die Genehmigung hervorgebrachte Veränderung, — die Klage aus der Geschäftsführung auf Herausgabe des erhaltenen Preises *). Aus eben dem Grunde hat denn auch nach einigen cursiv gedruckten Worten der zuletzt angeführten Pandektenstelle der vermeynte Schuldner eine unmittel-

---

*) C. III, 32. c. 3. (de rei vindicat. — von Alexander):
Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere jure non potuit: sed rem tuam a possessore vindicare etiam non oblato pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti, vel alio modo proprietatem ejus amisisti; adversus emptorem quidem nullam habes actionem adversus venditorem vero de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohiberis.

bare Klage gegen den, welcher die für ihn von jenem erhobene Zahlung genehmigt hat.

Freylich kann auch diese Folge wieder in solchen Fällen schlechthin nicht statt haben, wo das Geschäft des andern auch durch Genehmigung gar nicht das unsrige werden und als solches angesehen werden kann, weil, wenn auch der Geschäftsführer sich in der Person des Geschäftseigners irrte, doch durch die Geschäftsführung selbst bloß und allein dem wahren Geschäftsherrn Vortheil zuwachsen konnte. So wenn man ein zu einer Erbschaft, welche man einem andern als dem wahren Erben zustän= dig glaubte, gehöriges Haus stützte und dieser andre es auch genehmigte. Denn hier wird doch nur der wahre Erbe dadurch bereichert, dessen Geschäft bleibt es darum auch ausschließend, wie dies in einer Stelle desselben Bruchstücks der Pandekten deutlich entwickelt ist, aus welchem die vorige genommen war *).

So erklären sich die wichtigsten Stellen unserer rö= mischen Rechtssammlungen, auf welche es hiebey ankom= men möchte. Nach dieser Zusammenstellung wird es denn nun möglich seyn, einen Blick auf sie alle zurückwerfen

*) III, 5. fr. 6. §. 11. (de neg. gest.): Quid ergo, inquit Pedius, si, cum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam, tuque ratum habueris? an sit mihi adversus te actio? Sed non fore ait: cum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius te ipsa gestum negotium sit: nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

und den Gesichtspunkten der in ihnen enthaltenen Bestimmungen und Unterscheidungen nachzuforschen, um dann über ihre Natürlichkeit und Zweckmäßigkeit ein Urtheil fällen zu können. Sollte der Grund von allem diesem sich etwa in der nachfolgenden allgemeinen Verschiedenheit der Fälle finden?

Das früher geschlossene oder verabredete Rechtsgeschäft, zu welchem in der Folge der Zeit eine Genehmigung hinzukommt, kann zuförderst von der Art seyn, daß es zwar ohne diese Genehmigung nicht gültig ist, aber daß es doch gültig gewesen wäre, wenn die Genehmigung gleich anfangs hinzugekommen wäre.

Der andre Fall würde seyn: Das früher geschlossene Geschäft wäre selbst mit der gleich anfangs hinzugekommenen Genehmigung doch gänzlich ungültig oder nichtig gewesen.

Der Dritte endlich: Das frühere Geschäft war ein für sich bestehendes vollkommen gültiges Geschäft und bedurfte keiner Genehmigung, um dies zu seyn.

Zu allen diesen frühern Geschäften von so verschiedenem Bestande kann nun Genehmigung hinzukommen; und fast unausbleiblich muß ihre Wirkung verschiedener Art seyn. Indessen wird diese Verschiedenheit noch klärer einleuchten, wenn wir noch eine Abweichung in dem zweyten Fall vorher unterscheiden. Ist ein Geschäft so beschaffen, daß es ungeachtet einer frühern Genehmigung nichtig gewesen wäre, aber dennoch durch eine spätere

gültig werden könnte; so kann diese Gültigkeit aus einer doppelten Ursache entstehen. Einmal wohl durch eine spätere Genehmigung ohne alle weitere Veränderung der Umstände: alsdann muß diese Genehmigung von einer besondern Art seyn. Zweytens aber durch eine Veränderung von Umständen, so daß das, was unter frühern Umständen ungültig war, nun unter den veränderten gültig werden konnte, wenn eine neue Einwilligung hinzukam.

Ordnen wir nun hiernach die früher nach den Gesetzen aufgeführten einzelnen Rechtsfälle: so ist gleich einleuchtend, daß das Gelddarlehn, das ein Hauskind aufnahm, sogleich gültig gewesen seyn würde, wenn der Vater gleich anfangs eingewilligt hätte; und eben so, daß eine fremde zum Pfande gegebene Sache von Anfang an gültig verpfändet gewesen wäre, wenn ihr Eigenthümer seine Einwilligung dazu gegeben hätte. Beiden fehlte zu ihrer Gültigkeit nichts als diese Einwilligung; sobald sie hinzukam, war sie gültig. Hier steht nun gar nichts im Wege, um sie nach der hinzugekommenen Einwilligung von Anfang an für gültig anzuerkennen. Gleichwohl ist auch dies wohl schwerlich für nothwendig zu achten; und so möchte dies vielleicht ehemals zu verschiedenen Meynungen Anlaß gegeben haben, die dann Justinian entschieden hätte.

Unmöglich aber kann ohne Widerspruch dasselbe von dem Fall behauptet werden, wo das Geschäft, selbst bey

hinzugefügter Genehmigung oder Einwilligung, immer nichtig oder unkräftig bleiben mußte. Der Soldat sowohl als seine aus der Provinz genommene Frau mochten immer ihre Einwilligung zu ihrer Ehe gegeben; die Ehegatten beide in die zwischen ihnen vorgegangne Schenkung gewilligt haben; immer blieb Ehe und Schenkung ohne alle rechtliche Wirkungen. Genau genommen würde in beiden Fällen gleichförmig das Nichtige durch spätere Genehmigung nicht für gültig gelten können, ohne daß die Gesetze sich widersprächen; und von der Ehe ist dies auch unstreitig und unbedingt gesagt. Nicht so unbedingt spricht das Gesetz von der Schenkung. Freylich ist das bloße Stillesschweigen bis zum Tode im allgemeinen hier schon zur Bekräftigung genug; aber das Gesetz spricht einmal hier ausdrücklich von einer bestimmt hinzugekommenen Genehmigung; nur freylich nicht von einer gewöhnlichen, wie sie schon früher hätte hinzukommen können, sondern von einer im letzten Willen erklärten. Hier möchte man fast vermuthen, es sey erst von Justinian eine nicht ganz aus der Sache fließende Verschiedenheit festgesetzt worden. Bey dem Falle zwar, da immer noch außer dem bloßen Beharren in derselben Willensstimmung noch etwas mehr, nemlich bey großen Schenkungen noch gerichtliche Insinuation, nöthig war, bleibt er bey der Regel und gesteht für das bis dahin unkräftige Geschäft keine Rückwirkung zu. Aber eigentlich sollte der andere Fall davon nicht gesondert seyn. Keine Ge-

nehmigung zur Zeit der ersten Errichtung der Schenkung konnte sie vollkommen gültig machen; und es wäre wohl gewiß eben so zu entscheiden gewesen, wie in dem allerdings ganz ähnlichen Fall der weiblichen Intercession, welche auch durch eine spätere Genehmigung, jedoch erst nach zwey Jahren, gültig werden kann, alsdann aber auch nicht früher zurück für gültig geachtet wird *). Unstreitig ist der Fall bey den ehelichen Schenkungen ganz ähnlich. Keine frühere Genehmigung entscheidet; sondern erst das Beharren bis zum Tode oder eine im letzten Willen geschehene Genehmigung. Indessen scheint hier die Aehnlichkeit mit dem vorigen Fall, daß auch hier nichts weiter als eine spätere Genehmigung, wenn sie auch früher nichts hätte wirken können, erforderlich war, ihn zur Ausdehnung der Rückwirkung auf den letzten Fall bestimmt zu haben.

In dem dritten Hauptfall war nichts erst gültig zu machen, sondern es hätte nur das bisher Gültige einem andern Gültigen weichen müssen. Dies aber wäre eine offenbare und eben so zwecklose als unnatürliche Abänderung der einfach vorliegenden Rechtsverhältnisse gewesen; und so blieb denn dies mit vollem Fug unangetastet.

Nach allem diesem ergeben sich also folgende sehr einfache und passende Grundregeln für alle gedachten Verhältnisse:

---

*) vergl. Handbuch §. 836.

1) Fehlt bey einem früher geschlossenen oder auch insofern die Schließung nicht gültig war, nur beabsichtigten Geschäft zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Einwilligung oder Genehmigung, es mag nun dieselbe eben eine solche seyn, wie sie anfangs hinzukommen konnte, oder auch eine von andrer Art, nur so daß sonst kein andrer Umstand noch nöthig ist; so wird dann die später hinzugekommene zur Bestätigung des Geschäfts hinreichende Genehmigung auf den Anfang desselben zurückgezogen.

Für diesen Fall gilt dann die allgemeine Regel und ihr voller Sinn wäre nun dieser: Alle zur Bestätigung eines Geschäfts für sich allein hinreichende Genehmigung wird auf den Anfang desselben zurückgezogen.

2) Wäre ein Geschäft nicht bloß wegen mangelnder Einwilligung, sondern auch aus andern Ursachen nichtig oder unkräftig, so daß entweder verbietende Gesetze entgegenständen oder noch neben der Einwilligung eine andere unterlassene Feierlichkeit erforderlich gewesen wäre; so wird dies früher nichtige Geschäft für die Vorzeit nie gültig; sondern, wenn es später wegen abgeänderter Gesetze veränderter Umstände oder auch wegen Besonderheiten der nachgeholten Einwilligung durch eine spätere Genehmigung Gültigkeit erhalten kann; so ist diese Gültigkeit nur von der Zeit der hinzugekommenen Genehmigung au zu rechnen.

3) War ein Geschäft schon früher vollkommen gültig; so besteht es bey bloßer Genehmigung immer als das alte Geschäft; und eine etwa hinzugekommene Genehmigung hat nur andere unabhängige Folgen, ohne an dem ältern Geschäft zu ändern und gar dasselbe in ein anderes umzuwandeln.

Es möchte schwer seyn, diesen mit den Gesetzen gänzlich zusammenstimmenden Regeln den Lobspruch der genauesten Uebereinstimmung mit der natürlichsten Ansicht von Nichtigkeit und Gültigkeit der Rechtsgeschäfte und die bereitwilligste Billigung zu versagen, besonders wenn man das aussondert, worin der Einfluß einiger Willkühr früher zugestanden worden.

Daß übrigens eine angebliche Rechtsregel im kanonischen Gesetzbuch *) hieran nichts ändere, sondern bloß eine auf die sonst geltenden Grundsätze zurückweisende Bemerkung enthalte, zeigt ihre Fassung schon. So nothwendig es nun auch seyn möchte, daß über diese Fälle in einer vollständigen Gesetzgebung Bestimmungen nicht fehlen dürften und zwar um so weniger, da neue Gesetzgebungen immer an die Stelle des bisher geltenden römischen Rechts, das diese Fälle berührte, treten; so ist doch das Stillschweigen oder manche nicht erschöpfende Erklärung derselben daraus zum Theil begreiflich, weil die

---

(*) Sext. V, 12. reg. 10. (de regul. jur.): Ratihabitionem retrotrahi et mandato non est dubium comparari.

einzelnen Lehren, worauf das römische Recht seine besondern Bestimmungen anwandte oft sehr verschieden in den neuern Gesetzbüchern bestimmt worden.

Das französische Gesetzbuch enthält nichts über den Anfang der Wirkungen der Genehmigung, ob es gleich die Schenkungen der Ehegatten auch für widerruflich erklärt *); aber freylich wird dadurch schon die Gestalt dieser Verhältnisse einigermaßen verändert, daß jede Schenkung unter Lebenden vor einem Notar bey Strafe der Nichtigkeit vollzogen werden muß **). Ueber das Darlehn der Kinder ist keine Verordnung in diesem Buch zu finden; und die Rücksicht, auf die mögliche Abänderung der Geschäftsführung ward dadurch unnütz, daß nach diesem Gesetzbuch — ganz im modernen Gesetzgebungsgeiste — der Geschäftsführer allen denen Verpflichtungen unterworfen wird, die dem ausdrücklich Bevollmächtigten obliegen ***).

Eben so wenig enthält das östreichische Gesetzbuch etwas hierhergehöriges; über die Schenkung zwischen Ehegatten kann freylich darin nichts vorkommen, da es — wohl nicht mit Widerspruch unsrer Sitten und Zeitverhältnisse — diese für gültig erklärt und nach andern Schenkungen beurtheilt haben will ****).

---

*) Code §. 1096.

**) C. §. 931.

***) C. §. 1372.

****) Allg. östr. Gesetzb. §. 1246.

Das preußische Landrecht wiederholt bloß die vorerwähnte allgemeine Regel, und setzt fest, daß, wenn ein Anerkenntniß eines seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrags ohne Einschränkung und zu einer Zeit erfolgt sey, wo das bey der ersten Schließung des Vertrags entgegengestandene Hinderniß gehoben war, alsdann die Wirkung dieses Anerkenntnisses sich bis auf die Zeit des geschlossenen Vertrags zurück erstrecke *). Es leuchtet aus der vorstehenden Entwickelung ein, wie diese Bestimmung bey weitem nicht alles im allgemeinen erschöpfe. Die speciellen Fälle des gemeinen Rechts sind auch nicht berührt; bey den Schenkungen zwischen Ehegatten war dies auch um so weniger nöthig, da sie für gültig erklärt sind **); und auf die Verhältnisse der Hauskinder ***) wird die allgemeine Regel angewendet werden sollen.

Im Bairischen Gesetzbuch sind zwey hieher gehörige Stellen. Einmal †) heißt es: „Ermangelt es — der „Convention an obverstandnen Haupt-Requisitis, zu„förderst an dem Consens derjenigen, welche dadurch ge„bunden werden sollen; so ist dieselbe gleich anfänglich „ungültig, und erlangt durch die nachfolgende Ratifica„tion und Bestätigung ihre Kraft erst a tempore Ra„tificationis.“ Es liegt auf das deutlichste vor Augen,

---

(*) Allg. Pr. Laudr. Th. I. Tit. 5. §. 186 — 188.
(**) Ebend. Th. II. Tit. 1. §. 310 f.
(***) Vergl. Th. II. Tit. 2. §. 125 ff.
(†) Bair. Landr. Th. IV. Kap. 1. §. 24.

daß hier die von dem dafür wenigstens bekannten Hauptverfasser jenes Gesetzbuchs und der Anmerkungen dazu, dem Baron Kreitmayr, in diesen Anmerkungen, wie schon anfangs erwähnt, angenommene Meynung in den Text des Gesetzbuchs aufgenommen worden. Dadurch ist denn der allgemeine Grundsatz des Justinianischen Rechts sichtbar abgeändert; jedoch erwähnen die Gesetzesworte nur der Conventionen und es folgt strenge daraus keine Ausdehnung auf andre Rechtsgeschäfte, wenn gleich eine solche Ausdehnung der beliebten Verallgemeinerungsmethode sich leicht empfiehlt.

Die andere Stelle *) drückt sich bey Gelegenheit der Unterscheidung der Ratihabition vom Mandat so aus: „wiewohl zuweilen auch die Ratification für ein Man„datum geachtet, und retrotrahirt wird, wenn man „ein noch nicht zur Vollkommenheit gediehenes Geschäft „ratificirt". Daß eine Stelle, die ein zuweilen enthält, keine Vorschrift seyn kann, und also auf etwas anderes zur Bestimmnng der unter diesem zuweilen verstandenen Fälle zurückweist, leuchtet auch einer mäßigen Einsicht und Aufmerksamkeit eben so leicht ein, als daß die Stelle bloß vom Mandat spricht. Dennoch findet man mit getroster und selbstgenügsamer Unbekümmertheit und Verallgemeinerungssucht auch hier wieder — man kann denken: zu welchem Heil für die, welche solche

(*) Bair. Landr. Th. IV. K. 9. §. 3. num. 3.

Rechtssätze anwenden und welchen eine solche Rechtsanwendung widerfährt! — von allen Geschäften überhaupt die Regel aufgestellt. „Die Ratihabition wird, insofern „das Geschäft noch nicht zur Vollkommenheit gediehen „ist, bis auf dessen Anfang zurückgezogen", und wohl noch bemerkt, daß „es das gemeine Recht anders bestimme", auf welches doch das zuweilen deutlich zurückweist, wie denn auch Kreitmayr in seinen Anmerkungen *) diese Behauptung des Gesetzbuchs ausdrücklich durch Texte des gemeinen Rechts unterstützt.

(*) Anm. über den Codic. civil. Th. IV. a. a. O. §. 1—3. num. 2.

V

V.

Ueber

die Wirkungen

der Unkunde des Rechts

in Ansehung bestimmter Menschenclassen.

Zur Erläuterung der §. 171 und 172.

des Lehrbuchs.

Daß die Fragen des Rechts: welchen Personen die Unkunde des Rechts nachtheilig sey und welchen nicht? sich keinesweges unmittelbar aus den Verhältnissen selbst beantworten, sondern immer willkührliche Bestimmungen nöthig machen, ergiebt die leichteste Erwägung. Darum gehören sie denn freylich nicht zu den Lehren, welche die eigenthümliche Herrlichkeit des römischen Rechts bilden, wenn auch Billigkeit und Zweckmäßigkeit der Bestimmungen wohl anerkannt werden müßte. Da indessen manche theils gewöhnlich, theils neuerlich vorgebrachte Bestimmungen den Gesetzen schwerlich gemäß sind; so möchte eine bloß aus diesen rein und unverändert geschöpfte Darstellung der Regeln darüber für andre Lehren nicht ohne Einfluß seyn und darum ihren Platz hier leicht rechtfertigen.

Mit Uebergehung sowohl der allgemeinen jetzt im Ganzen richtig anerkannten Regeln über die Wirkungen der Rechtsunkunde als auch der unstreitigen Ausnahmen, nach welchen den ohne Vormund handelnden Unmündigen *), wie den Minderjährigen unter fünf und zwanzig

*) XXII, 6. fr. 10. (de juris et facti ignorantia): Impuberes sine tutore agentes nihil posse (mehrere Handschriften und Holoander lesen noch: de facto vel de jure) scire intelleguntur.

Jahren *) die Unwissenheit im Recht ganz allgemein nicht anzurechnen ist, wird nur die Befreyung der Weiber, Soldaten und Bauern hier zu erwägen bleiben.

Den Weibern schadet die Rechtsunkunde eben so gut, wie den Männern in den Fällen, wo sie durch Berufung auf dieselbe Gewinn machen wollen, um nemlich sich zu entschuldigen, daß sie aus Unkunde des Rechts eine Vorschrift des Gesetzes nicht befolgt haben **). So schadet sie ihnen gewiß, wenn sie bonorum possessionem binnen der vorgeschriebenen Jahresfrist nachzusuchen unterlassen haben ***).

Doch giebt es einige Rechtssachen, in welchen die Gesetze den aus Rechtsunkunde bey Erwerbungen gefährdeten Weibern zu Hülfe kommen, aber auf diese in den

---

*) Eod. fr. 9. pr.: ante praemisso quod minoribus XXV annis jus ignorare permissum. Cod. I, 18. c. 11. (eod. — von Constantin): Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere retro principum statuta declarant. Cod. eod. c. 3. (von Philippus) setzt dies voraus: Si emancipata a patre, intra annum bonorum possessionem petere cessasti: praetendere juris ignorantiam nullis rationibus potes.

**) XXII, 6. fr 7. (eod.): Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. Eod. fr. 8. Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: juris autem error nec feminis in compendiis prodest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

***) C. I, 18. c. 3. cit.

Gesetzen genannte Rechtssachen allein schränken die Vorschriften diese gesetzliche Hülfe auf das ausdrücklichste ein, wenn kein Vergehen dabey obwaltet, sondern sie nur durch Rechtsunkunde Schaden leiden *). Darum ist es denn um so unerlaßlicher, daß man sie zwar alle kenne, aber auch nicht eine einzige ungegründete Ausdehnung zulasse. Eine jede solche würde gesetzwidrig seyn und könnte vielleicht zu unnützen Widersprüchen Veranlassung geben. Daß übrigens durch die erwähnte Verordnung des Codex die Nachsicht für die Weiber nicht bloß auf die von ihnen geschlossenen Contracte eingeschränkt sey, wenn gleich diese in den einleitenden, einen Zweck der Verordnung angebenden, Worten allein genannt worden; geht aus der Allgemeinheit der gesetzlichen Worte und noch mehr aus dem ganzen Zusammenhange der Gesetze, auf welche die in Frage stehende Verordnung hinweist, mit hinlänglicher Deutlichkeit hervor.

---

*) Cod. I, 18. c. 13. (eod. — von Leo und Anthemius): Ne passim liceat mulieribus, omnes suos contractus retractare, in his quae praetermiserint vel ignoraverint: statuimus, si per ignorantiam juris damnum, aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveneri. — XXVII, 6. fr. 9. pr. (eod.): — jus ignorare permissum est: quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non laeduntur.

Nicht zu bezweifeln sind nun folgende hierher zu rechnende und also von den Gesetzen in Beziehung genommene Fälle:

1) Einer Tochter, die sich ein Legat, welches ihr die Mutter dictirte, (im mütterlichen Testament) aus Rechtsunkunde zuschrieb, ist Befreyung von dem Cornelischen Volksschluß zuzugestehen *).

2) Eigne Anzeige von Sachen, die sie sonst erworben haben würde, an den Fiscus, als ob sie ihm zugefallen wären, aus Rechtsunkunde soll einer Frau nicht schaden **).

3) Eine Frau kann eine Zahlung, welche sie nach vorhergehender Intercession aus Unkunde des Vellejanischen Senatsschlusses geleistet hat, zurückfodern ***).

---

*) XVIII, 10. fr. 15. §. 4 et 5. (de lege Cornelia de falsis et de SCto Liboniano): Matri quoque, cui per servum suum, dictante filio, legatum scriptum esset, veniam tribuendam legis Corneliae placuit. — Idem in filiam, quae dictante matre sua per ignorantiam juris legatum sibi scripserat, senatus censuit.

**) XLIX, 14. fr. 2. §. 7. (de jure fisci): Complura sunt rescripta principalia, quibus cavetur, non obesse errorem cuiquam, quod ignotus juris sui ipse se detulerit. Sed extat eorundem principum rescriptum, ex quo videtur posse defendi, ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel propter sexum feminum jus suum possit.

***) Cod. IV, 29. c. 9. (ad SCt. Vellej. — von Gordianus): Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen, si

Mehr Stellen aber, auf welche jene allgemeinen Gesetzesworte sich beziehen ließen, sind schwerlich aufzufinden. Wenigstens gehören die gewöhnlich angeführten nicht hierher.

So ist 1) die Befreyung von der Last des Beweises, daß eine Zahlung einer vermeynten Schuld wirklich doch ohne Verpflichtung geschehen sey, (abgerechnet, daß die Erwähnung der Unerfahrenheit in rechtlichen Verhandlungen und der Einfalt nur auf die zugleich erwähnten Männer bezogen ist und beides nicht eben Rechtsunkunde nothwendig voraussetzt,) ganz unstreitig ein Vorschub zur Erhaltung von Gütern, die sonst verloren seyn würden, nicht zur Wiedererlangung ausgeschlagener Erwerbungen; wie denn auch immer daraus noch nicht folgt, daß hierinn die sonst ausdrücklich vorgeschriebene Regel, man könne das aus einem Rechtsirrthum ohne Verpflichtung gezahlte nicht zurückfodern *), abgeändert sey, in-

---

procedente obligatione, quam SCtum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus SCti beneficio munitam se ignorans; locum habet repetitio.

*) XXII, 3 fr. 25. §. 1. (deprobationib. et praesumtionib.): Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et dessidia deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.

dem nicht von neuer Begründung einer Klage, sondern bloß von der Beweißlast bey einer für sich schon und also nur bey Irrthümern in Thatsachen begründeten Klage die gesetzlichen Worte sprechen.

2) Ein anderes Gesetz sagt, ohne die Rechtsunkunde zu berühren: die Frauen würden nur dann mit der Strafe des Inceſtes gleich den Männern belegt, wenn ſie incestum jure gentium prohibitum begangen hätten, nicht wenn sie bloß gegen die Grundsätze des römischen Rechts gefehlt haben *). Daß hier gerade Rechtsunkunde vorausgesetzt würde, steht gar nicht da und ist nicht einmal recht anzunehmen. Freylich ist die Verbindung mit dem vorhergehenden Paragraphen durch das Quare deutlich genug; allein ob auch in diesem gerade errore juris zu lesen sey, steht bey der Verschiedenheit der Handschriften noch dahin. Auf jeden Fall aber ge-

---

*) XLVIII, 5. fr. 38. §. 1. (ad legem Juliam de adulteriis coercendis): Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. Occurrit quod hic duplex admissum est: quia multum interest, errore (Die von Brencmann der Göttinger Ausgabe zufolge verglichenen Vulgatae lesen: errore juris, und so auch einstimmig die vier oben erwähnten Ausgaben des Digesti novi auf der Landshuter Bibliothek) matrimonium illicite contrahatur, an contumacia juris et sanguinis contumeliae concurrant. — §. 2: Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum jure gentium prohibitum adn.iserit: nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti cri ine erit exousata.

hört das Gesetz darum nicht hieher, weil es von einer Strafe, folglich ohne Zweifel nicht von einem zu machenden Gewinn, sondern von einem zu vermeidenden Schaden spricht. — Einen andern Gegenstand hat auch.

3) ein anderes Gesetz nicht, das von der Strafe des Turpillianischen Senatsschlusses die Weiber befreyt *); und

4) noch ein anderes **) ist um so weniger anzuführen, welches, wenn man auch bey dem darin ausgedrückten Fall einen Rechtsirrthum, obwohl er nicht ausdrücklich genannt ist, und wohl weggedacht werden könnte, annehmen müßte, doch Männer und Weiber gleich stellt. Für Soldaten ist keine gesetzliche Spur einer allgemein begünstigenden Ausnahme in dieser Lehre. Nur in drey einzelnen Fällen finden sich Vortheile für sie bestimmt, aber auch hierbey keine Begründung derselben aus allgemeinern Beziehungen.

Die eine Stelle ***), welche von der Beweislast, daß eine Zahlung ohne vorhergehende Schuld geschehen sey, bey einer condictione indebiti den Soldaten be-

---

*) XLVIII, 16. fr. 1. §. 10. (ad SCt. Turpillianum).

**) Cod. V, 5. fr. 4. (de incestis et inutilibus nuptiis): — exceptis tam faeminis quam viris errore acerrimo non affectato insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt, aut aetatis lubrico lapsi.

***) XXII, 3. fr. 25. §. 1. (de probationib.)

freyt, noch dazu ohne der Rechtsunkunde ungezweifelt zu gedenken, ist schon oben angeführt.

Eine zweyte *) sagt auch ganz beschränkt: Falls ein von seinem Mitsoldaten als Erbe eingesetzter Soldat, der noch Hauskind ist, nicht wisse, daß ihm die Erbschafts-antretung auch ohne des Vaters Zutritt freystehe; so kann er nach den kaiserlichen Verordnungen das Recht nicht kennen; und also ist für ihn der Zeitablauf für die Antretung nicht angefangen.

In einer dritten Verordnung **) erlaubte Caracalla einem Soldaten, welcher während eines Processes aus Rechtsunkunde wegen Einfalt des Kriegsstandes seine Einreden nicht vorgebracht hatte, daß er vor der Zahlung sie noch gegen die Klage auf Vollstreckung der Sentenz gebrauchen könne.

In dieser letzten Gesetzesstelle liegt die Unabhängigkeit der eigenthümlichen Begünstigung von jedem allgemeinern Rechtsgrunde klar vor Augen. In dem unmit-

---

*) XXII, 6. fr. 9. §. 1. (de juris et facti ignorantia): Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales jus ignorare potest; et ideo ei dies aditionis (non) cedit.

**) Cod. I, 18. c. 1. (eod. — Imp. Antoninus A. Maximo Militi): Quamvis, cum causam tuam ageres, ignorantia juris, propter simplicitatem armatae militiae, allegationes competentes omiseris: tamen si nondum satisfecisti, permitto, tibi, si caeperis ex sententia conveniri, defensionibus tuis uti.

telbar vorhergehenden konnten die eigentlich vorschreibenden Worte allgemeiner scheinen, aber sie sind doch deutlich auf den angegebenen Fall nur unmittelbar bezogen und keinesweges auf irgend eine Weise als allgemeiner hier nur angewendeter Rechtsgrund angekündigt.

Noch weniger Fälle aber sind für den Landbauer begünstigend; im Grunde nur einer entscheidend in der schon früher angeführten Stelle *), nach welcher die eigne Delation von zu erwerbenden Sachen an den Fiscus nicht schaden soll, wenn sie von einer Person geschieht, welche propter rusticitatem ihr Recht wohl nicht kennen möchte.

Alle übrigen Stellen gehören gar nicht hieher. Denn sie enthalten entweder gar nichts bestimmt auf Rechtsunkunde oder gar nichts auf Privatrechte, am wenigsten aber allgemein sich Beziehendes. Eine gleichfalls schon angeführte Stelle **) befreyt den Landmann, dem die rechtlichen Angelegenheiten fremd sey, vom Beweise der mangelnden Verpflichtung bey bezahlten Nichtschulden, deren Zurückfoderung, um es noch einmal zu wiederholen, wegen eines Rechtsirrthums nicht statt hat.

Eine andere ***) verspricht bloß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand denen, welche wegen ihres Alters,

---

*) XLIX, 14. fr. 2. §. 7. (de jure fisci).

**) XXII, 3. fr. 25. §. 1. (de probationib.)

***) II, 13. fr. 1. §. 5. (de edendo): Eis qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia justa causa subveniatur.

Geschlechts oder ihrer rusticitatis gefehlt und nicht (das nöthige im Proceß) edirt haben. Mag hier die Bedeutung des Worts rusticitas dahin gestellt bleiben; von Rechtsunkunde enthält wenigstens die Stelle kein Wort, sondern bloß eine Hindeutung auf die Restitutionsursachen.

Eine dritte Stelle *) sagt nichts, als daß das Edict de albo corrupto bloß gegen dolum malum gehe, und nicht Anwendung finde, wenn jemand aus Unerfahrenheit per rusticitatem, auf Befehl des Prätors selbst, oder aus Zufall das Album beschädigt hätte. Was hat aber hier wohl rusticitas mit Rechtsunkunde zu thun? Es ist wohl bloß Ungeschicklichkeit oder Rohheit gemeynt.

Noch eine **) befreyt nun freylich denjenigen, der die Ermordung der Testators wußte und doch nicht dolo, sondern vielleicht aus Unerfahrenheit oder rusticitate, weil er das prätorische Edict oder den Senatsschluß nicht kannte, das Testament eröffnete. Hier ist nun allerdings auf Unkunde des Rechts das Gewicht gelegt. Allein wenn gleich hier kein Verlust einer sonst zu erwerbenden Erbschaft statt haben soll, und insofern dieses zu den Ge-

---

*) II, fr. 7. §. 4. (de jurisdictione): Doli mali — ideo in verbis Edicti fit mentio, quod si per imperitiam, vel rusticitatem, vel ab ipso praetore jussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur.

**) XXIX, 5. fr 3. §. 22. (de SCto Silaniano et Claudiano): Et si sciens, non tamen dolo aperuit, aeque non tenebitur: si forte per imperitiam, vel per rusticitatem ignarus Edicti praetoris vel senatus consulti aperuit.

winnen zu rechnen ist, bey denen Rechtsunkunde hilft; so ist doch schwerlich zu übersehen, daß hier nicht ein gegen einen Privatmann zu machender Gewinn, sondern nur Befreyung von einer Strafe, die zum Vortheil des Fiscus gereichen würde, in Frage steht. Da ist denn wohl um so weniger ein Schluß auf irgend eine allgemeine Bestimmung im Privatrecht zu rechnen.

Endlich ist aber auch das noch wohl zu erwägen, ob die in den drey letzten Stellen vorkommende rusticitas auch eben das Verhältniß eines Landmanns allein und nothwendig voraussetze. Uebrigens folgt aus einer Stelle des Codex *) wohl sehr deutlich die ohnehin sehr natürliche Einschränkung, daß auch die sonst Begünstigten sich auf Rechtsunkunde nicht berufen können, wenn die Rechtssätze, auf welche es ankommt, jeder schon durch seinen natürlichen Verstand wissen und nicht erst erlernen dürfe.

---

*) C. II, 2. c. 2. (de in jus vocando): Venia edicti non petita, patronum seu patronam, eorumque parentes et liberos, heredes insuper, etsi, extranei sint, a libertis, seu liberis eorum, non debere in jus vocari, jus certissimum est: nec ineare rusticitate venia praebeatur, cum naturali ratione honor hujusmodi personis praebeatur.

Verlagsbücher

von

Georg Friedrich Taschè

in Giesen.

Aminta favola pastorale de Torquato Tasso; mit einem erklärenden Wortregister zum Selbstunterricht von J. H. Emmert. 8. 1813. 16 ggr. — 1 fl. 12 kr.

Anleitung auf einem leichten und sichern Wege richtig lesen zu lehren, zum Gebrauch in Schulen und zum Privatunterrichte, wie auch für lehrende Mütter, nebst 5 Buchstaben- und Zahlentafeln, einer Lesemaschine und einem progressiven Lesebuche. 8. 1812. 1 rthlr. 18 ggr. — 3 fl. 9 kr.

Aristophanis Opera, cum commentariis Fischeri, 2 Vol. 8 maj. 1804 et 1805. 3 rthlr. 12 gr. — 6 fl. 18 kr.

Arnold, J. F. K., das Wirthshaus im Walde. 8. 1806. 10 gr. — 45 kr.

Augustini, Oswald oder das Häuschen im Schwarzwalde, 2 Theile. 8. 1801. 1802. 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr.

— — Entsagen, Dulden, Wonne, oder Gustav und Antonie, ein Phantasiegemälde. 8. 1801. 1 rthlr. 6 gr. — 2 fl. 15 kr.

Auswahl italienischer Classiker, 1r Theil enthält: Pastor fido di Guarini, mit Wortregister zum Selbstunterricht von J. H. Emmert. 8. 1809. 1 rthlr. 8 gr. — 2 fl. 24 kr.

Buchstabentafeln, vier, deutschen und lateinischen Alphabets. gr. fol. 4 gr. — 18 kr.

Carriere's, F. L., Liane, oder hellenisch-romantische Welt. 8. 1802. 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr.

Chlum, Ch., der Besitz unter Justinian. 8. 1813. 12 gr. — 54 kr.

Constantinopel in den Händen eines Europäischen Volks. 8. 1807. 18 gr. — 1 fl. 21 kr.

Coup d'oeil sur les ameliorations supplementaires à l'instruction publique par le Dr. Fuchs. 8. 1813. 10 gr. — 45 kr.

Dalaways Reise in die Levante, m. K. 8. 1804. 1 rthlr. 12 gr. — 2 fl. 42 kr.

Dichtung und Wahrheit; Erzählungen von Sophien. 8. 1813. 14 gr. — 1 fl. 3 kr.

Fenner, H. Ch. M., über die Pfuscherey in der Medicin. 8. 1804. 6 gr. — 27 kr.

v. Feuerbach's civilistische Versuche. 8. 1805. 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr.

— — Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts, 1r Theil. Neue Auflage. gr. 8. 1 rthlr. 8 gr. — 2 fl. 24 kr.

Fick's, J. C., Magazin der neuesten und vorzüglichsten Reisebeschreibungen aus fremden Sprachen übersetzt, 2 Bände. gr. 8. 1 rthlr. 12 gr. — 2 fl. 42 kr.

— — Charakterschilderungen der jetzt lebenden wichtigsten und berühmtesten Männer von Großbrittannien nach den public characters, 2 Bde. 1801. 1805. 2 rthlr. 8 gr. — 4 fl. 12 kr.

— — Specialtabellen der sächsischen Consistorien. gr. 8. 1800. 14 gr. — 1 fl. 3 kr.

— — kurze und freymüthige Geschichte der Beichte der Protestanten, nach der Meynung Luthers und der Weisesten unserer Nation. gr. 8. 1800. 6 gr. — 27 kr.

— — neuer historischer Bibelcatechismus für die Jugend in Bürger- und Landschulen. 8. 1800. 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr.

Happel's, G., Erörterung einiger beim Concursprocesse vorkommenden Gegenstände 8. 1803. 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr.

Hessens, W., Streifzüge durchs Leben, von ihm selbst erzählt. 8. 1800. 1 rthlr. 6 gr. — 2 fl. 15 kr.

Hoffmann, Ch. A., Leben Jesu. 8. 1808. 6 gr. — 27 kr.

— — Bibelsprüche. 8. 1809. 8 gr. — 36 kr.

— — kleiner Catechismus. 8. 2 gr. — 9 kr.

— — Anleitung zum Lesenlehren, (siehe bey Anleitung).

Hoffmann, Ch. A., Lehrbuch der christlichen Religions- und Tugendlehre für Lehrer an Volksschulen und als Lehrbuch in hohen Schulen. 8. 1813. 1 rthlr. 16 gr. — 3 fl.

— — Repertorium biblischer Texte für freye Vorträge u. Casualfälle. 8. 1813. 1 rthlr — 1 fl. 48 kr.

— — kurzer christlicher Lehrbegriff für den Schul- und Confirmanden-Unterricht, 2te Aufl. 8. 1813. 4 gr. — 18 kr. (hiervon ist das Lehrbuch der christl. Religion und Tugendlehre der Commentar).

Hufeland, G., Lehrbuch des gemeinen in den deutschen Ländern geltenden Civilrechts, 1r Bd. gr. 8. 1808. 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr.

— — desselb. 2r Band. 1815. 4 rthlr. — 7 fl. 12 kr.

— — über den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen. Eine Reihe von Abhandlungen, welche zugleich als erläuterndes Handbuch über die ungewöhnlichen Darstellungen in dem Lehrbuch des gemeinen Civilrechts dienen können. 1r Th. gr. 8. 1815. 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr. (hieraus ist die erste Abhandlung über den Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen besonders zu haben und kostet 12 gr. — 54 kr.

Hummel, A., Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über die Arten, Verbindlichkeiten aufzuheben, nach Römischem u. heutigem Recht. gr. 8. 1814. 1 rth. 4 gr. — 2 fl. 6 kr.

— — Encyclopädie des positiven Rechts. 3 Bände. gr. 8. 15 rthlr. — 27 fl.

1r Band allein 3 rthlr. 20 gr. — 6 fl. 54 kr.

2r — — — 8 rthlr. — 14 fl. 24 kr.

3r — — — 5 rthlr. 4 gr. — 5 fl. 42 kr.

Huttens, U. v., fünf Reden gegen den Herzog Ulrich von Würtemberg, nebst seinem Briefe an Pirkheimer, aus dem Lateinischen übersetzt und mit einer gedrängten Schilderung seines Zeitalters versehen, v. G. A. Wagner. 8. 1801. 1 rthlr. 6 gr. — 2 fl. 15 kr.

Kilian, Dr. C. J., medizinische Studien, 1r Theil. gr. 8. 28 gr. — 1 fl. 21 kr.

— — Lesebuch, progressives, für Anfänger. 8. 1812. 6 gr — 27 kr.

— — Lesemaschine, die Buchstaben auf Holz gezogen, mit Schriftkasten. 4 rthlr. — 7 fl. 12 kr. auf Pappe gezogen 3 rthlr. 8 gr. — 6 fl. die Buchstaben unaufgezogen. 1 rthl. — 1 fl. 48 kr.

Letters, written betwen Yorik and Elise, mit Wortregister zum Selbstunterricht, von J. H. Emmert. 8. 1802. 10 gr. — 45 kr.

Louis, historisch-politische Annalen. 8. 1805. 3 Hefte. 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr. 1806. 12 Hefte. 5 rthlr. — 9 fl. 1808. 8 Hefte. 2 rthlr. 16 gr. — 4 fl. 48 kr.

Majers, F., Gartenkunst und Botanick, im kleinen für Liebhaber und junge Gartenkünstler, 3 Th. 8. 1804. 1 rthlr. 8 gr. — 2 fl. 24 kr.

Memoires, kleine historische, 5 Theile. 8. 1807. 6 rthlr. — 10 fl. 48 kr.

Möllers, Ch. F., biographische Darstellungen, 5 Theile. 1801 — 1811. 6 rthlr. 12 gr. — 11 fl. 42 kr.

Monthions, staatswirthschaftliche Untersuchungen über den Einfluß der verschiedenen Arten von Abgaben auf die Moralität, Thätigkeit und den Gewerbfleiß der Völker. Nach dem Französischen bearbeitet und mit Anmerkungen begleitet von E. A. W. v. Zimmermann. gr. 8.

Nekker, der Frau von, Nahrung für Witz und Gefühl aus ihren hinterlassenen Schriften, 2 Bändch. 8. 1800. 2 rthlr. 16 gr. — 4 fl. 48 kr.

Palmers, C. Ch., Betrachtungen am Tage der Confirmation. 8. 1806. 8 gr. — 36 kr.

— — Paulus und Gamaliel, ein Beytrag zur ältesten Christengeschichte. 8. 1806. 4 gr. — 18 kr.

Pfaffs Rechenscheibe zur Bestimmung des Cubik-Inhalts der Cylinder, Kegel und abgekürzten Kegel bey Berechnung der Hölzer. gr. fol. 1812. Mit Beschreibung in 4. roh 1 rthlr. 21 gr. — 3 fl. 20 kr. geb. 2 rthlr. 2 gr. — 3 fl. 44 kr.

Pölitz's, C. H. C., Fragmente zur Philosophie des Lebens aus dem Gebiete der Moral, der Religion, der Rechtslehre, der Erziehungswissenschaft und der deutschen Sprache. 8. 1802. 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr.

Polymnie, ou choix de poesies françoises. 8. 1800. 1 rthlr. 8 gr. — 2 fl. 24 kr.

Posewitzen's, J. Fr. S., Entwurf zur Anlegung einer Bade- und Baderettungsanstalt für Städte an Flüssen. 8. 1804. 3 gr. — 14 kr.

Pythagoras und seine Zeitgenossen, ein dramatisches Gemälde der grauen Vorwelt, 2 Theile. 8. 1801. 1802. 3 rthlr. — 5 fl. 24 kr.

Reise, die, ins Bad, von St. 1r Band. 8. 1813. fein Papier 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr. ord. Papier 20 gr. — 1 fl. 30 kr.

Reisen des Pythagoras nach Aegypten, Chaldäa, Indien, Kreta, Sparta, Sicilien, Rom, Carthago, Marseille und Gallien, mit Charten und Kupfern, 1r Band. gr. 8. 1801. 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr.

Rosso, J. del, Untersuchungen über die Baukunst der Aegypter und über das, was die Griechen von dieser Nation wahrscheinlich angenommen haben, aus dem Italienischen und mit Anmerkungen versehen von Valentini. gr. 8. 1801. 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr.

Schiereck, J., Beschreibung eines neuen Winkelmessers, nebst einem Anhang, worin Untersuchungen über verschiedne andre mathematische Gegenstände enthalten sind, mit 1 Kpf. gr. 8. 1813. 8 gr. — 36 kr.

Schmidts historisch-kritische Einleitung ins neue Testament, 2 Bände. gr. 8. 1809. 3 rthlr. — 5 fl. 24 kr.

Schneideri, A., μουσων ανθη, sive selecta poetriarum graecarum carmina et fragmenta, cum earum vita, animadv. et ind. 2 Vol. 8 maj. 1802. 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr.

Schömann, Lehre vom Schadensersatze, 2 Theile. gr. 8. 1806. 1 rthlr. 12 gr. — 2 fl. 42 kr.

Schömann, das Römische Civilrecht, nach dem Pandectentexte mit dem Preuſs. und Franz. verglichen, aus den Quellen erläutert, 1r Band. gr. 8. 20 gr. — 1 fl. 30 kr.

— — Prüfung der Theorie des Hrn. v. Löhr. gr. 8. 1807. 6 gr. — 27 kr.

Schue, Etwas über die Einrichtung zweckmäßiger Quartierämter mit Rücksicht auf einige über diesen Gegenstand erlaßne Landes-Verordnungen und Bemerkungen darüber. 8. 8 gr. — 36 kr.

Snell, F. W. D., über philosophischen Criticismus in Vergleichung mit Dogmatismus und Skepticismus. 8. 1802. 8 gr. — 36 kr.

— — tabellarische Uebersicht der Volksmenge von 630 Städten, aus den zuverläßigsten Quellen zusammengetragen. gr. fol. 6 gr. — 27 kr.

— — Ch. W., über Jugendbildung und Unterricht; eine Erörterung des alten Denkspruchs: „die Jugend soll nicht für die Schule, sondern für das Leben lernen.“ 8. 1813. 12 gr. — 54 kr.

Starks, M., Briefe über Italien, aus dem Englischen übers. v. Valentini. gr. 8. 1802. 1 rthlr 8 gr. — 2 fl. 24 kr.

Stausebach, S. C., Hermannsschlacht; ein Gemälde der Tapferkeit und des Gemeinsinns der Chatten im ersten Jahrhundert. 8. 4 gr. — 18 kr.

Sturms Versuch eines Cursus der bürgerlichen Baukunst, 1n Theils 1te Abtheilung. gr. 8. 1809. 18 gr. — 1 fl. 21 kr.

Tagebuch einer Reise in die französische Schweiz. gr. 8. 1807. 1 Rthlr. — 1 fl. 48 kr.

Textors Predigten über lehrreiche Sonn- und Festtagsevangelien. 8. 1 rthlr. 8 gr. — 2 fl. 24 kr.

Turin's, R., Versuch einer Darstellung des Rechts peinlicher Vertheidigung gegen die Läsionen an der Strafbarkeit eines Inquisiten mit Hinsicht auf die neuern Revisionen im Criminalrecht. 8. 1801. 1 rthlr. 8 gr. — 2 fl. 24 kr.

Turin's R., über das Verbrechen geheim zu seyn und die Strafbarkeit desselben. 8. 1801. 16 gr. — 1 fl. 12 kr.

— — Rechtscritik des Amicistenordens nach der historischen Anleitung des Grafen Guido von Taufkirchen und allgemeingültigen Rechtsgrundsätzen für alle geheimen Ordensgesellschaften. 8. 1800. 1 rthlr. 4 gr. — 2 fl. 6 kr.

Ueber das heilige Abendmahl; eine dogmengeschichtliche Untersuchung nebst Vorschlägen zur neuen Beselung dieses Instituts nach den Bedürfnissen unsrer Zeit. 8. 1815. 14 gr. — 1 fl. 3 kr.

Veilchen, aus Hellas Gefilden von Herder gepflückt mit dem griechischen Urtext. Schreibp. 4. 1801. 1 rthlr. 4 gr. — 2 fl. 6 kr.

Verirrungen, meine, und meine Rückkehr oder was vermag ein edles Weib nicht? 8. 1804. 1 rthlr. — 1 fl. 48 kr.

Wallfeld, die Familie, oder Freundschaft, Liebe, Verehrung in einigen ihrer mannichfachen Nuancen. 8. 1800. 1 rthlr. 12 gr. — 2 fl. 42 kr.

Walthers, Fr. C., Handbuch der Forsttechnologie, mit 29 Kupfertafeln. gr. 8. 1802. 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr.

— — Colona; ein ländliches Gedicht in 12 Gesängen, 2 Thle. Druckpapier 2 rthlr. — 3 fl. 36 kr. Velinpapier 3 rthlr. 5 fl. 24 kr.

Weiber, die heiligen, aus Palästina. 8. 1803. 16 gr. — 1 fl. 12.

Welkers kleine lyrische Anthologie, vorzüglich für Declamirübungen der obern Klassen in Gymnasien, 2 Bändchen. Schreibp. 8. 1800. 1 rthlr. 4 gr. — 2 fl. 6 kr.

— — Bemerkungen über einen wichtigen Gegenstand des Unterrichts in Gymnasien. 4. 6 gr. — 27 kr. auf Schreibp. 8 gr. — 36 kr.

Werner, J. F., über bedingte Injurien und den Beweis der Wahrheit ehreverletzender Aeufserungen überhaupt. gr. 8. 1813. 14 gr. — 1 fl. 3 kr.

Wilbrand, über die Classification der Thiere; eine von der Haarlemer Akademie mit der goldnen Medaille gekrönte Preisschrift gr. 8. 20 gr. — 1 fl. 30 kr.

— — Physiologie des Menschen. gr. 8. 1815. 2 rthlr. 12 gr. — 4 fl. 30 kr.

Zeitschrift, neue theologische, herausgegeben von Dr. E. Ch. Palmer, 16 Stück. 8. 1813. 8 gr. — 36 kr.

Zipperleins Liederverse, Anhang zu Snells Catechismus. 8. 2gr. — 9 kr.

Bayerische Staatsbibliothek München

Staatliche Gemäldegalerie Karlsruhe

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hufeland, Gottlieb,

Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen ; eine Reihe von Abhandlungen, welche zugleich als erläuterndes Handbuch über die ungewö hlichern Darstellungen in dem Lehrbuch des gemeinen Civilrechts dienen kö
Bd.: 1

Giesen 1815

Bibl.Mont. 4427-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10724995-5